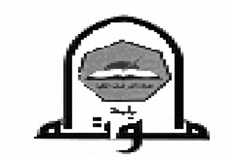


جامعه مؤته

عمادة الدراسات العليا

تبعيض الاحكام الشرعيه في الفقه الإسلامي في بابي المعاملات والاحوال الشخصيه

إعـــداد الطـــالـــب

هويمـــل محيسن سليمان العمراني

إشـــراف

الدكتـــور حمـــد عـــزام

رســـالـه مقـــدمـــه إلى عمادة الدراســـات العليـــا
استكمالا لمتطلبات الحصول على درجه الماجستير
فـــي الفقـــه قســـــم الفقـــــه واصـــولـــه

جامعه مؤته، 2009م

بسم الله الرحمن الرحيم



MUTAH UNIVERSITY
Deanship of Graduate Studies

جامعة مؤتة
عمادة الدراسات العليا

نموذج رقم (14)

قرار إجازة رسالة جامعية

تقرر إجازة الرسالة المقدمة من الطالب هويمل محيسن العمراني الموسومة بـــ:

تبعيض الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي في بابي المعاملات والأحوال الشخصية

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في **الفقه وأصوله.**

القسم: الفقه وأصوله.

	التوقيع	التاريخ	
د. حمد فخري العزام		2009/07/29	مشرفاً ورئيسا
أ.د. محمد حمد الغرايبة		2009/07/29	عضواً
أ.د. محمد محمد القضاة		2009/07/29	عضواً
د. شويش هزاع المحاميد		2009/07/29	عضواً



عميد الدراسات العليا

أ.د. نضال صالح الحوامدة

MUTAH-KARAK-JORDAN
Postal Code: 61710
TEL :03/2372380-99
Ext. 5328-5330
FAX:03/ 2375694

مؤته – الكرك – الاردن
الرمز البريدي: 61710
تلفون: 99-03/2372380
فرعي 5328-5330
فاكس 03/2 375694

الإهـــــــــداء

إلى والديّ الكريمين اللذين خصهما الله عز وجل بصفة الإحسان فقال تعالى:

(وقضى ربك ألاّ تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً) [1].

إلى زوجتي ام عبد الله التي كان لها إسهام كبير في تشجيعي ومساعدتي طيلة كتابتي لهذه الرسالة.

وإلى كل من اسهم في هذا العمل

اهدي هذا الجهد المتواضع...، والله اسال ان يجعله خالصا لوجهه الكريم وان ينفع به عامة المسلمين.

هويمل بن محيسن العمراني

---

(1) سورة الإسراء، اية 23.

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين احمده واشكره شكر الشاكرين والصلاة والسلام على خير المرسلين، محمد بن عبد الله عليه افضل الصلاة واتم التسليم وبعد:

فإنني اتوجه بوافر الشكر والتقدير والعرفان إلى استاذي الفاضل فضيلة الدكتور حمد عزام، لتفضله بالإشراف على هذا العمل المتواضع فكان خير مشرف، حيث لم يبخل عليّ بتوجيهاته ونصائحه طيلة كتابتي لهذه الرسالة، فكان له الاثر الكبير في إنجاز هذا العمل وإتمامه على الوجه المطلوب، ومهما قلت فيه فلن اوفيه حقه فجزاه الله عني خير الجزاء واحسن إليه وجعل ذلك في موازين حسناته.

كما واتقدم بالشكر الجزيل إلى الاساتذة اعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بمناقشة هذه الرسالة وإبداء ارائهم وملحوظاتهم التي سيكون لها الاثر العظيم في تصحيح الاخطاء؛ ليخرج هذا العمل في اتمّ حال واحسنه، فجزاهم الله عنا كل خير وبارك في جهودهم.

وكما اتقدم بوافر الشكر والتقدير لاساتذتي الافاضل في جامعة مؤتة -كلية الشريعة- قسم الفقه واصوله على ما قدموا لي من رعاية واهتمام وحسن معاملة واستقبال خلال دراستي في هذه الجامعة المباركة، فالله اسال ان يجزيهم عني خير الجزاء وان يبارك في جهودهم ويوفقهم لكل خير.

وإلى استادي الفاضل، الدكتور شويش المحاميد، حيث كان له إسهام كبير في طرح عنوان هذه الرسالة، فجزاه الله خيرا وبارك في جهوده ونفع بعلمه الإسلام والمسلمين.

وإلى اخي العزيز، الاستاذ الفاضل خلف بن سليمان البلوي، لما قدمه لي من مساعدة في إنجاز هذا الجهد المتواضع، فله مني خالص الشكر والتقدير.

هويمل بن محيسن العمراني

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحه

المحتوى	الصفحه

الصفحه	المحتوى

قائمه الملاحق

الملخص

تبعيض الاحكام الشرعيه في الفقه الإسلامي

في بابي المعاملات والاحوال الشخصيه

هويمل محيسن سليمان العمراني

جامعه مؤته، 2009م

تناولت هذه الدراسة مفهوم التبعيض واثره في الاحكام الشرعيّة، لما له من اهمية في الفقه الإسلامي، من حيث الربط بين الاحكام الشرعيّة واصولها التي تفرعت منها هذه الاحكام، فجاءت هذه الدراسة لبيان بعض الاحكام الشرعية التي تقبل التبعيض سواء اكان ذلك في المحل ام في الاثر في بابي المعاملات والاحوال الشخصية.

وقد توصلت هذه الدراسة إلى انّ هناك احكاما شرعيّة يقع عليها التبعيض منها المتعلق بالمحل كتفريق الصفقة، والمهاياة المكانيّة والزمانيّة، ومنها ما يكون التبعيض متعلقا بالاثر، كعقد البيع الفاسد، والإجارة الفاسدة، والنكاح الفاسد، وبيع الوفاء.

Abstract

Some Impacts of Rulings in Islamic Jurisprudence: Transactions and Personal Status

Hweimel Muheisen Suleiman Al-Amrany

Mu'tah University, 2009

Due to its importance in Islamic jurisprudence in terms of linking Islamic rulings and their origins and branches, This study has inveitigatel their impacts, whether in origin or branch in the field of Transactions and personal status.

The study has concluded their certnh Islamic raligs can have some impacts, such as parts of deals, spatial and temperal benefits. Other impacts relate to the branch, such as void sale, rent, marriage and "Al-wafa" sale.

بسم الله الرحمن الرحيم

سيرة ذاتيه

الاسم: هويمل محيسن سليمان العمراني

الكليه: الشريعة

التخصص: الفقه واصوله

سنه التخرج: 2009م

الهاتف النقال: 00966503167301

الفصل الاول

ادبيات الدراسه وإطارها النظري

1. 1 مقدمه:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين وبعد:

جاءت احكام الشريعة الإسلاميّة الغرّاء متميزة عن كلّ التشريعات الوضعيّة بان اصل هذه الاحكام يرجع إلى مصادر ربانيّة معصومة من الخلل والهوى والنقص، ولكون هذه الاحكام تعود إلى مصدر رباني نجد ان هذه الاحكام تكمل بعضها البعض دون ان يكون بينها اي تناقض، فجاءت هذه الدراسة لبيان وجه الربط بين الحكم الشرعي الاصلي وما يتفرع عنه نتيجة اي طارىءٍ على هذا الحكم من احكام تاخذ بعض اثار الحكم الاصلي.

1. 2 اهميه الدراسه:

نظرا لقلة من تناول تبعيض الاحكام الشرعيّة بالبحث والدراسة، ولما له من اهمية في الفقه الإسلامي، جاءت هذه الرسالة لتبين لنا مفهوم التبعيض وانواعه، واثر هذا التبعيض في الاحكام الشرعيّة، من اجل الربط بين هذه الاحكام وبيان الحكم الاصلي وما تفرّع عنه من احكام تاخذ بعض اثار الحكم الاصلي.

1. 3 اهداف الدراسه:

تهدف هذه الدراسة إلى ما ياتي:

1. بيان مفهوم التبعيض وانواعه.
2. توضيح احكام التبعيض المتعلقة بالمحل والاثر.
3. الرّبط بين الحكم الشرعي الاصلي والحكم الشرعي الذي ياخذ بعض اثار الحكم الاصلي.

1. 4 مشكله الدراسه:

تنبع مشكلة الدراسة في الإجابة عن التساؤلات الاتية:

1. ما المقصود بالتبعيض؟
2. ما هي انواعه؟
3. ما الاصل في الاحكام الشرعيّة؟
4. ما شروط تبعيض الاحكام الشرعيّة؟
5. ما علاقة التبعيض بتحول العقد؟
6. ما هي الاحكام التي يقع فيها التبعيض على المحلّ؟
7. ما هي الاحكام التي يقع فيها التبعيض على الاثر؟

1. 5 منهجيه الدراسه:

اعتمدت هذه الدراسة المنهج الاستقرائي والتحليلي، وذلك من خلال النظـــر وتتبع اقوال وادلة الفقهاء من المذاهب الاربعة من مصادرها المعتمدة، وعرضها في كل مسالة من مسائل البحث ومناقشتها مع الترجيح وبيان اسباب هذا الترجيح؟

وكان العمل في البحث على النحو الاتي:

1. توثيق النصوص المقتبسة من المصادر والمراجع.
2. عرض اقوال الفقهاء في المذاهب الاربعة حسب الترتيب الزمني.
3. ترقيم الايات في الهامش مع ذكر اسم السورة.
4. تخريج الاحاديث النبويّة الشريفة وبيان درجة صحتها.
5. توضيح معاني عدد من الكلمات الغريبة.
6. وضع فهرس للايات الكريمة، والاحاديث الشريفة.
7. بيان الراي الراجح في المسائل الخلافيّة مع بيان اسباب الترجيح.

1. 6 الدراسات السابقه:

1. التبعيض واثره في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة لنيل درجة العالمية "الدكتوراه" في الفقه المقارن، لاحمد محمود عبد الله كريمه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الازهر.

تحدثت هذه الرسالة عن احكام التبعيض في مجال العبادات والمعاملات بشكل موسع بينما زادت هذه الدراسة على الرّسالة السّابقة تقسيم التبعيض إلى تبعيض في المحل وتبعيض في الاثر، كما جاءت هذه الدّراسة بموضوعات لم تبحثها الرّسالة السّابقة مثل: بيع الوفاء، والإجارة الفاسدة، والبيع الفاسد، والنكاح الفاسد.

كما قارنت هذه الدّراسة بين مفهوم التبعيض ومفهوم تحول العقد ولم تتطرق الرسالة المذكورة لهذا الموضوع.

2. اثر التبعيض في تصرفات المكلفين، دراسة تطبيقية في مجال العبادات، لاحمد مصطفى الزعارير، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلاميّة، قسم الفقه واصوله، جامعة اليرموك، 1424هـ -2003م.

تناولت هذه الرسالة احكام التبعيض في مجال العبادات فقط.

بينما في رسالتي تناولت جانب المعاملات والاحوال الشخصية كما بينت اعلاه.

3. قواعد التبعيض واثرها في فقه المعاملات الماليّة رسالة دكتوراه في الفقه واصوله لمحمد علي محمد بني طه، الجامعة الاردنية شباط، 2005.

تناولت هذه الدّراسة القواعد المتعلقة بالتبعيض وبعض التطبيقات، ولم تتناول الاحكام الشرعيّة المتعلقة بالتبعيض ولا انواعه.

بينما جاءت هذه الدراسة لبيان انواع التبعيض وتقسيم الاحكام الشرعية بحسب هذه الانواع. مع ملاحظة ان هذه الرسالة لم تتناول كل مسائل تبعيض الاحكام، وذلك لان الاخذ بكل هذه المسائل فيه توسيع لمباحث الرسالة وتضخيم لها، لذلك اقتصرت على اهم مسائل تبعيض الاحكام ولا سيما المسائل التي لم تتناولها الدراسات الاخرى، مع مراعاة انواع التبعيض وتقسيم هذه الرسالة في مباحثها بحسب هذه الانواع.

الفصل الثاني

الاحكام العامه لتبعيض الاحكام الشرعيه

2. 1 تعريف تبعيض الاحكام الشرعيه:

2. 1. 1 تعريف التبعيض لغه:

التبعيض مصدر الفعل بعّض وبعض الشيء:طائفة منه قلت او كثرت والجمع ابعاض.[1]

وبعّض الشيء تبعيضا إذا فرّقه اجزاءَ.[2]

2. 1. 2 تعريف التبعيض اصطلاحا:

لم اعثر في كتب الفقهاء القدامى على تعريف اصطلاحي للتبعيض بالرغم من كثرة استعمالهم لهذا المصطلح، غير انهم لم يخرجوا في استعمالهم عن المعنى اللغوي الذي هو بمعنى الشيء او فرد من افراده هذا وقد عرّف بعض المعاصرين التبعيض، واجّمِل هذه التعريفات على النحو الاتي:

عرّفه صاحب معجم لغة الفقهاء فقال: (التبعيض بمعنى التجزئة ومنه تفريق الصفقة الذي يعني: تسليم بعض المعقود عليه دون بعضه الاخر).[3]

عرّفه احمد مصطفى الزعارير فقال: (التبعيض هو إفراد جزء من العبادة دون جميعها مع قصد المعنى ضرورة).[4]

---

(1) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، باب الضاد، فصل الباء والعين.

(2) ابن فارس، احمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة مادة (بعض). الرازي، مختار الصحاح، مادة (بعض)، ص58.

(3) قلعة جي، محمد رواسي، معجم لغة الفقهاء، ط1، 1405هـ - 1985م، دار النفائس ص120.

(4) الزعارير، احمد مصطفى، اثر التبعيض في تصرفات المكلفين، ص3.



عرّفه محمد علي بني طه فقال: (هو تجزئة الحقوق والعقــود والتــصرفات الشرعية).[1]

عرّفه محمد احمد كريمه فقال: (وجود بعض الشيء على صفة مخــصوصة يترتب عليه حكم مخصوص).[2]

مناقشه هده التعريفات:

اولا: تعريف صاحب معجم لغه الفقهاء

في الحقيقة ان صاحب هذا التعريف لم يخرج عن المعنى اللغوي للتبعــيض وعليه فإن هذا التعريف لم يات بشيء جديد يثري المعنى الاصطلاحي.

اما تعريف احمد الزعارير فنجد انه قد اختص بالتبعيض في باب واحد فقــد اقتصر في تعريفه على باب العبادات، في حين ان التبعيض لا يختص بهذا البــاب فقط وإنما يدخل في معظم ابواب الفقه.

اما تعريف محمد بني طه فقد بيّن ان التبعيض واقع على ذات الحق او العقد او التصرف في حين انّ التبعيض لا ياتي على ذات الحق او العقد فــالحق والعقــد بذاتهما لا يتجزءان وإنما ما يتجزا هو اثارهما او محلهما.

اما تعريف محمد كريمه، فقد جاء عاما فلم يبين ماهية التبعيض او ما يترتب عليه فقد ذكر ان التبعيض: هو وجود بعض الشيء على صفة مخصوصة فلم يبــين وجه الخصوص في هذا الشيء، كما انّ في تعريفه دور بقوله: (التبعيض هو بعض الشيء) والاصل ان يخلو التعريف منه .

وبعد عرض هذه التعريفات ومناقشتها يظهر للباحث والله اعلم واحكــم، ان التبعيض هو تجزئة محل الشيء او اثاره بحيث تترتب على هذه التجزئة احكام غير الحكم الاصلي.

شرح التعريف

التجزئة في التعريف تعني: ان التبعيض جزء من الاصل في محله كتفريــق الصفقة بحيث يقع العقد على جزء من المحل دون الكُل، او ان التبعيض جزء مــن

---

(1) بني طه، محمد علي، قواعد التبعيض واثره في فقه المعاملات، ص23.

(2) كريمه، محمد، احمد، التبعيض واثره في الفقه الإسلامي، ص 20.

حكم الاصل في الاثر، كالبيع الفاسد الذي تترتب عليه بعض احكـــام البيـــع الصحيح، كترتب الملكية في المبيع بالقبض، وحق المشتري في التصرف بالمبيع.

2. 2 حكم التبعيض

2. 2. 1 الادله على مشروعيه التبعيض، والكلام فيه يتلخص في النقاط الاتيه:

اولا: الادله من القران الكريم

قوله تعالى: ﴿ لاَ يُكَلِّفُ الله نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا ﴾[1].

قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ الله بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾[2].

قوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾.[3]

قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.[4]

قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفاً﴾.[5]

وجه الدلالة: من هذه الايات ان الشريعة الإسلامية تحرص على رفع الحرج والمشقة عن الناس ، وليس في احكامها ما يفوق طاقة الإنسان وتحمله فإن لم يستطع القيام بالعمل على وجهه الاكمل فيستطيع ان ياتي به على قدر استطاعته والتبعيض يكتفى في اثاره او محله بالجزئي إن لم يستطع المكلف الإتيان بالكل[6].

قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾[7].

وجه الدلالة منها: انّ الإنسان إذا لم يستطع ان ياتي بالحكم الـــشرعي علـــى الوجه الشرعي المطلوب فإنه ياتي به بحسب جهده وطاقته وهذا مفهوم التبعيض فقد

---

(1) سورة البقرة، اية 286.

(2) سورة البقرة، اية 185.

(3) سورة المائدة، اية 6.

(4) سورة الحج، اية78.

(5) سورة النساء، اية 28.

(6) كريمه، التبعيض واثره في الفقه الإسلامي، ص39.

(7) سورة التغابن، اية 16.

لا يستطيع المكلف الإتيان بكل ما يتعلق بالحكم الشرعي واثاره فتترتب عليه بعض هذه الاثار دون الكل بحسب الاستطاعة[1].

ثانيا: الادله من السنه النبويه:

1. اخرج مسلم بسنده عن ابي هريرة رضي الله عنه، ان الرسول -صلى الله عليه وسلم- **قال**: "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما امرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم، فإنما اهلك من قبلكم كثرة مسائلهم واختلافهم على انبيائهم". [2]

وجه الدلالة من الحديث: يدل الحديث على ان من عجز عن بعض الامور لا يسقط عنه المقدور منها، وهذا هو مفهوم التبعيض، فالشرع لا يلغي كل الحكم الشرعي إذا لم يستطع المكلف الإتيان به على الوجه الاكمل بل خفف الشرع عن المكلف بان رتب بعض الحكم او بعض اثاره دون الكل وهذا تخفيف من الشريعة التي تراعي قدرات المكلف فلا تكلفه إلا بحسب قدرته واستطاعته.

2. ما اخرجه البخاري بسنده عن عمران بن الحصين رضي الله عنه قال: كانت بي بواسير فسالت النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة: **فقال**: "صل قائما فإن لم تستطع فقاعدا فإن لم تستطع فعلى جنب". [3]

وجه الدلالة: في الحديث رفع الحرج تيسيرعلى المكلفين بحيث لا يكلفون ما لا طاقة لهم به، فإن عجزوا عن شيء فإنه يسقط عنهم، لكن دون ان يسقط عنهم الميسور لهم من هذا الامر وهذا يدل على ان من لم يستطع الإتيان بالحكم الشرعي كاملا فياتي بجزء منه قدر استطاعته.

---

(1) كريمه، التبعيض واثره في الفقه الإسلامي، ص 40.

(2) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب توقير النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم8.

(3) البخاري، **صحيح** البخاري، كتاب ابواب تقصير الصلاة، باب إذا لم يطق قاعدا صلى على جنب، حديث رقم 1066.

3. اخرج البخاري بسنده عن ابي هريرة رضي الله عنه، ان الرسول -صلى الله عليه وسلم- **قل:** "إنّ الدين يسر، ولن يشاد الدين احد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا"[1].

وجه الدلالة من هذا الحديث: ان الدين مبني على التيسير والتخفيف ومن التيسير الاخذ ببعض الحكم او بعض اثاره إن لم يستطع المكلف الإتيان بالحكم كله.

ثالثا: القواعد الفقهية:

هنالك مجموعة من القواعد التي تبنى عليها احكام التبعيض من هذه القواعد ما هو مشهورٌ بين مذاهب الفقهاء ومنها ما هو خاصّ ببعضها وفيما ياتي اهمّ تلك القواعد في فرعين:

2. 2. 1. 1 القواعد المشهورة في مذاهب الفقهاء:

القاعدة: (ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله)[2].

تعدّ هذه القاعدة من القواعد المهمة في الفقه الإسلاميّ لانها تدخل في كثيرٍ من ابوابه المختلفة ولها صيغة اخرى عند الحنفية تتقارب فيها مع الصيغة السابقة الذكر عند الشافعية وهي (ذكر بعض ما لا يتجزا كذكر كله)[3].

معنى القاعدة: إنّ الاشياء التي يمكن تجزئتها إذا ذكر بعضها فكان الكل قد ذكر، وإذا جرى الحكم على بعضِها فإنّ الحكم يشمل الكل وهذه القاعدة تتعلق بقاعدة (إعمال الكلام اولى من إهماله)[4].

---

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإيمان باب الدين يسر، حديث رقم39.

(2) السيوطي، الاشباه والنظائر، ج1، ص348. الجمل، حاشية الجمل، ج5، ص706.

(3) ابن رجب، القواعد، ص12.شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص293.

(4) السيوطي، الاشباه والنظائر، ج1، ص286. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص263.

ووجه هذا التعلق انّ في جعل البعض يقوم مقام الكل فيما لا يقبل التبعـــيض إعمالا للكلام.

ويمكن تقسيم الاشياء التي لا تقبل التجزئة إلى قسمين:[1]

1. ما لا يقبلُ التجزئة لتعذرها عقلا كالشفعة والقصاص والطلاق.

2. ما لا يقبلُ التجزئة لإمكانية إلحاق الضرر بالغير كلزوم الضرر بتفريق الصفقة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة منها: (إذا قال الرجل لزوجته نصفك طالق وقعت طلقة كاملة، وكذلك لو قال المحرم: احرمت بنصف نسكٍ انعقد نسكَ كاملٌ)[2].

ولهذه القاعدة ارتباط وثيق بالتبعيض حيث انّ الفقهاء قد ذكروا لفظ التبعيض من خلالها، ولذلك بنى الفقهاء عليها بعض احكام التبعيض باعتبار انّ بعض الاحكام مما يقبل التبعيض، فيمكن ان يترتب عليه بعض الاثار دون الاخرى.

القاعدة الثانية: (الميسور لا يسقط بالمعسور).[3]

وهذه القاعدة من اشهر القواعد الفقهية وهي مستنبطة من نصوصٍ شـــرعيةٍ كما في قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ الله بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُـمُ الْعُـسْرَ ﴾[4] وقوله تعالى:﴿لاَ يُكَلِّـفُ الله نَفساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ [5] .

وقوله -صلى الله عليه وسلم-: "إذا امرتكم بامر فاتوا منه ما اســـتطعتم".[6]

فهي منسجمة مع يَسر الشريعة الإسلاميّة ومقاصدها السمحة حيث يتمثل فيها جانب

---

[1] الزعارير، اثر التبعيض في تصرفات المكلفين، ص13.

[2] السيوطي، الاشباه والنظائر، ج1، ص348.

[3] المصدر نفسه، ج1، ص343.

[4] سورة البقرة، اية 185.

[5] سورة البقرة، اية 286.

[6] البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب الاقتداء بنسب رسول الله صـــلى الله عليه وسلم، حديث رقم 7288. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، حديث رقم 1337.

التيسير والتخفيف على العباد وتلك سمة بارزة منفردة للشريعة الإسلامية ولهذه القاعدة امثلة منها ما يأتي:

فمقطوعَ بعض الاطراف التي تدخل في الوضوء يسقط غسل محل هذه الاعضاء ويجب غسل الباقي من اعضاءِ الوضوء وكذلك العاجز عن الركوع والسجود دون القيام لزمه، وواجد بعض الصاع في الفطرة يلزمه إخراجه في الاصح[1]

وفي هذا إتيانَ ببعض الحكم دون الكل وهو من باب التخفيف والتيسير على المكلفين.

القاعدة الثالثة: (للاكثر حكم الكل).[2]

إن هذه القاعدة لا تقل اهمية عمّا سبقها من قواعد فهي مستنبطة من نصوصٍ شرعيةٍ كثيرةٍ، ومنها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[4].

ووجه الدلالة من هاتين الايتين: ان الشريعة الإسلاميّة دائما تحرص على رفع الحرج والمشقة عن العباد فلا يوجد في احكامها ما لا يطيقه الإنسان بدليل انّ التكليف يسقط عن المكلف باداء الاكثر وإن لم يبلغ ذلك الفعل مرحلة الكمال المطلوب وذلك ما لم يتعارض مع نصَ شرعيَ.

من تطبيقات هذه القاعدة:

إذا نزع الماسح على الخف اكثر الخف؛ فإن اخرج اكثر العقب إلى ساق الخف فهو بمنزلة ما لو اخرج الكل[5]، وكذلك لو قطع اكثر الاوداج يحصل الذبح[6]،

---

(1) السيوطي، الاشباه والنظائر، ج1، ص346. ابن رجب، القواعد، ص12-11.

(2) الموصلي، الاختيار، ج1، ص29. الندوي، القواعد الفقهية، ص343.

(3) سورة النساء، اية 28.

(4) سورة الحج، اية 78.

(5) الموصلي، الاختيار، ج1، ص29.

(6) المصدر نفسه، ج5، ص12.

فيتضح من المتالين السابقين انّ المحل لم يكن كاملا في الحكم، ولكنّ اكتره قام مقام كله.

بمعنى انّ الحكم إذا تعلق بشيءٍ متعددٍ ووجد من المكلف اكتر ذلك الشيء المتعدد، فإنّ الحكم ينطبق على الكل. وهذا يدل على انّ البعض في حال كونه هو الغالب والاكتر، فإنّ هذا الاكتر ياخذ حكم الكل.

2. 2. 1. 2 القواعد الخاصه بمدهب الحنفيه:

قاعدة: (الاصل اعتبار الجزء بالكل)[1]، وفي لفظٍ اخر (الاصل اعتبار البعض بالكل) [2]

عدّ الحنفيّة في بعض الاحكام انّ البعض يقومَ مقام الكل في الحكم الشرعيَ قال الموصليّ: (والمانع من الخفيفة – اي النجاسة المخففة - ان يبلغ ربع التوب لانّ للربع حكم الكل في احكام الشرع، كمسح الراس وحلقه)[3] اي إذا بلغت النجاسة المخففة ربع التوب فصاعدا كانت مانعا من اداء الصلاة باعتبار انّ الربع – وهو بعض الشيء – معتبر في الاحكام الشرعيّة فيقوم مقام الكل كما هو في مسح الراس في الوضوء، فيتجزا مسح ربع الراس وكذا في الحج، فحلق الراس من محظورات الحج وحلق ربع الرّاس كحلق الرّاس كله فيجب على من حلق ربع الرّاس دمّ.

2. 2. 2 هل الاصل التبعيض او عدمه:

الاصل في احكام الشريعة الإسلامية العموم والشمول فهي ليست خاصة ببعض الافراد المكلفين دون بعض ولا ببعض الاحوال والازمان دون البعض الاخر فاحكامها شاملة لجميع المكلفين في كل مكان وزمان تطبق عليهم دون استتناء.

هذا هو الاصل الذي لا خلاف فيه، ولكن قد يطرا على بعض المكلفين من الاحكام امور وظروف خارجة عن إرادتهم تمنعهم من الإتيان ببعض هذه الاحكام

---

(1) الزركشي، المنتور، ج2، ص273.

(2) السرخسي، المبسوط، ج1، ص100.

(3) الموصلي، الإختيار، ج1، ص35.

فيحدث الحرج، فجاء الشرع بسماحته وتيسيره ورفقــه بــالمكلفين فيرفــع الحــرج والمشقة بفتح باب التيسير ورفع الحرج باعتبار ما يعرض من ظروف وما يطرا من احوال اسبابٍ للاستثناء من حتمية الإتيان بالحكم الكليَ والنزول به إلى ما هو اقـل وهو اداء جزءٍ منه وهو ما يعرف بالتبعيض.

وللتبعيض في المسائل الفقهية كمعلمٍ من معالم رفع الحرج وتــشريع اليــسر وتستند إلى نصوصٍ محكمةٍ من مصادر التــشريع الإســلامي، كمــا انّ الــشريعة الإسلاميّة لم تهمل الحكم الشرعيّ الذي لم تتوافر فيه كل شروطه فإن توافر بعضها فيمكن إعمال تصرف المكلف في البعض دون إهمال الفعل على الإطلاق).[1]

مثل: ففي بيع الفضولي لم يتوافر شرط التصرف من المالك ولكن لا يهمــل هذا التصرف على الإطلاق فيحمل التصرف على الصحة مع عدم النفــاذ، ويخيّــر صاحب الشان بين إجازة العقد وفسخه[2].

2. 3 شروط التبعيض:

لا بد من توافر شروط الصور والمسائل التي يراد إجراء التبعــيض فيهــا، وترتب الاثار **عليها** ومن هذه الشروط ما ياتي:

الشرط الاول : القابليه للتبعيض:

إنّ التبعيض وإن كان يجري في اكثر ابواب الفقه إلا انّ بعض المــسائل لا تقبل التبعيض من حيث الطبيعة او الاثر[3].

ومن الامثلة على ذلك: صوم اليوم الواحد، فمن قدر على صوم بعض اليــوم دون جميعه لم يصح **صيامه** فصوم اليوم الواحد لا يتجزا ، مثل الحائض إذا طهرت خلال نهار رمضان فإنه لا يلزمها إمساكٍ، والشفعة إذا عفا الشفيع عن بعض حقــه،

---

(1) كريمه، التبعيض واثره في الفقه الإسلامي، ص39.

(2) الموصلي، الإختيار، ج2، ص18.

(3) كريمه، التبعيض واثره في الفقه الإسلامي، ص51.

فلوترك احد الشفيعين شفعته لم يكن للاخر إلا اخذ الجميع او ترك الجميع[1]، وكذلك الطلاق فلو قال الزوج لزوجته:نصفك طالق او ربعك طالق طلقت طلقة[2]، هذا وقد قعّد الفقهاء قاعدة في احكام ما لا يقبل التبعيض فقالوا: مالا يقبل التبعيض فاختيار **بعضه** كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله[3]. فالحكم يقع على الكل او يسقط عن الكل.

الشرط الثاني: عدم قابليه اجتماع الاحكام في التبعيض مع احكام الاصل

إنّ الاصل عدم التبعيض ولا يلجا إلى التبعيض إلا في حال عدم القدرة على الإتيان بالحكم الاصلي و**بالتالي** لا يجمع حكم التبعيض باعتباره بدلا عن الحكم الاصل المبدل منه فالمبدل والمبدل منه لا يجتمعان[4].

ومن سماحة الشريعة الإسلامية والسعة التي تتسم بها على العباد انّ هناك ابدالا في بعض التكاليف رحمة من الله -**تعالى**- ومن هذه البدائل على سبيل المثال: المسح والتيمم فالمسح على الخفين لا يجوز فيه الجمع بين الغسل والمسح على الخف لانّ المسح بدل الغسل، والجمع بين البدل والمبدل منه محال، فإذا غسل بعض الرِّجل لا يمسح على الاخرى منعا للجمع بين البدل والمبدل منه، وكذلك الحال بالنسبة للتيمم فلا يجمع بينه وبين الوضوء لانه بدلا عنه[5].

وهذه البدائل التي ذكرتها سابقا إذا اريد إجراء التبعيض فيها وترتب اثره يشترط الا تجتمع الابدال والمبدلات في انٍ واحدٍ، وعلى هذا فإنه يَخيَّر المكلف بين

---

(1) ابن المنذر، الإجماع، ص108، السيوطي، الاشباه والنظائر، ج1، ص348. ابن رجب، القواعد، ص12.

(2) السيوطي، الاشباه والنظائر، ج1، ص348.

(3) ابن رجب، القواعد، ص11-12. الندوي، القواعد الفقهية، ص135.

(4) كريمه، التبعيض واثره في الفقه الإسلامي، ص53.

(5) الموصلي، الاختيار، ج1، ص 29. الندوي، القواعد **الفقهيه**، ص111.

احدهما[1]؛ لانّ القاعدة الفقهيّة في هذا تقرر: (ان ما جاز على البدل لا يدخله تبعيضَ في البدل والمبدل منه معا)[2].

2. 4 علاقة تبعيض الاحكام الشرعيه بتحول العقد:

2. 4. 1 مفهوم تحول العقد:

التحول لغه ياتي على معانٍ كثيرةٍ **منها**: الزوال عن الشيء إلى غيره، جاء في لسان العرب: "تحول عن الشيء زال عنه إلى غيره، وحل الرمَل يحول من موضعٍ إلى اخر".[3]

وياتي بمعنى التغيير جاء في المحيط في اللغة: "وحال الشيء يحول حؤولا تغير وتحول ايضا والحائل المتغير وكذلك المحتال". [4]

وجاء في تاج العروس: "حوّلت الشيء فتحوّل، وغيّرته فتغير إما بالذات او بالحكم او بالقول"[5] وعليه فإن التحول ياتي بمعنى التغير والانتقال.

تحول العقد اصطلاحا:

"هو انتقال موضوع العقد او صفة من صفاته من حالة إلى حالة اخرى مشروعةٍ"[6].

شرح التعريف: "الانتقال هنا هو التغير الحاصل على العقد الناتج عن وقوع سببه حتى انتج العقد اثارا مختلفة عمّا كان عليه الحال قبل وقوع السبب، وهذا يعني ان العقد قد انتقل من حالٍ إلى اخرى بعد وقوع السبب"[7].

---

(1) كريمه، التبعيض واثره في الفقه الإسلامي، ص53.

(2) الزركشي، المنثور، ج1، ص 146.

(3) ابن منظور، لسان العرب، باب اللام، فصل الحاء والواو.

(4) الصاحب، اسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، باب اللام، فصل الحاء والواو.

(5) الزبيدي، مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، كتاب اللام، فصل الحاء والواو، دار الفكر، بيروت.

(6) عزام، حمد، التحول في العقد، ص9.

(7) المرجع نفسه، ص9-10.

وهذا التغير والانتقال إمّا ان يكون في موضوع العقد او صفته، اما موضوع العقد فهو المقصد الاصليّ الذي شرع العقد لاجله، والتغير فيه يكون بتغير المقصد الاصليّ الذي شرع العقد لاجله، فموضوع المساقاة على سبيل المثال لا الحصر هو الاشتراك في التمر بين العامل وصاحب الشجر، ولكن إذا تبين للعاقدين فساد عقد المساقاة بعد العمل، فإنّ عقد المساقاة ينتهي بسبب الفساد، ويلجا لعقدٍ جديدٍ وهو الإجارة، وذلك لتقدير اجر العامل خلال المدة التي عمل فيها قبل العلم بالفساد، فهنا حدث تغير على موضوعٍ، فبدلا من الاشتراك في الناتج من التمر كما في عقد المساقاة ال الامر إلى اخذ الاجرة عوضا عن منفعة البدن، وهي الإجارة اي تحول عقد المساقاة بسبب العلم بالفساد إلى عقد إجارةٍ، وذلك لتقدير العوض المالي الذي يستحقه العامل نتيجة عمله في عقد المساقاة فهذا ما نسميه تغيرا في موضوع العقد.[1]

امّا التغير في الصفة فيكون في امرين:

الاول: إمّا ان يكون في حكم من احكامه، كبيع الفضولي[2]، فإذا باع الفضولي ملك غيره، فإنّ عقده صحيح إلا انه موقوف، فإذا اجاز المالك البيع انتقل العقد من حال التوقف إلى النفاذ، فموضوع العقد هنا لم يتغير وهو مبادلة مالٍ **بمالٍ** – وهو البيع- إلا انّ التغير الحاصل كان في صفة البيع، فكان انعقاده صحيحا إلا انه كان موقوفا ولكن بالإجازة من المالك تغيّر حكم العقد من التوقف إلى النفاذ، فهذا التغير في العقد كان في الصفة فقط، فقد انتقلت صفة العقد من التوقف إلى النفاذ بعد الإجازة.

الثاني: وإمّا ان يكون التغير في اثرٍ من اثار العقد، **فمثاله**: قراض المثل عند المالكية[3]، فموضوع العقد لم يتغير ولكنّ اثره هو الذي تغير، فبدلا من ان ياخذ

---

(1) عزام، التحول في العقد، ص10.

(2) الفضولي، من يتصرف تصرفا شرعيا ليست له ولاية عليه. انظر: نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، ص354.

(3) القراض والمقارضة بمعنى واحد وهو ان يدفع مالا إلى شخص يتجر فيه والربح بينهما. انظر : الخرشي ، شرح الخرشي ، ج6، ص202.

المضارب المسمى في عقد القراض فإنه ياخذ قراض مثله من العاملين في مثل هذا النوع من القراض[1].

2. 4. 2 دليل تحول العقد:

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2].

وجه الدلالة من هذه الاية: انّ الاصل الوفاء بالعقود وهو من الاصول المعروفة في الشريعة الإسلاميّة، ولكن قد ينتهي العقد في بعض الاحوال قبل الوفاء به وقبل ان يَنتج اثاره المعتادة، وقد يترتب على ذلك اثار اخرى حيث يظهر عقدَ جديدَ غير العقد المنتهي، فعلى سبيل المثال عند انتهاء المضاربة لفسخ او انفساخ، وقد شرع العامل في العمل بموجبها، يترتب على هذا الانتهاء ان العامل قد بذل منفعة، وهي تنمية مال الغير وهو رب المال هنا ونتج عن ذلك اثار وهي مقومات عقد الإجارة لتعويض العامل عّما بذله من منافع في عقد المضاربة المنتهي، وهذا ما نسميه تحولا في موضوع العقد[3].

2. 4. 3 انواع تحول العقد وشروطه:

تختلف الشروط في تحول العقد بحسب نوع التحول فيه فهناك شروط خاصة بالتحول من حيث موضوع العقد واخرى خاصة بالتحول من حيث صفة العقد وذلك لاختلاف مضمون كلّ منهما، وهي على النحو الاتي:

من خلال التعريف السّابق لتحول العقد يتبين انّ التحول نوعان:

1. تحول في موضوع العقد.
2. تحول في صفة العقد.

اما النوع الاول: فالمراد به التحول في المقصد الاصلي الذي شرع العقد لأجله، كعقد المضاربة على سبيل المثال وهو الاشتراك في الناتج بين العامل ورب

---

(1) عزام، التحول في العقد، ص10-11.

(2) سورة المائدة، اية 1.

(3) عزام، التحول في العقد، ص5.

المال، فإن فسد عقد المضاربة يلجا في هذه الحالة إلى عقد الإجارة وذلــك لتقــدير العوض المالي الذي يستحقه العامل نتيجة عمله في عقد المضاربة وهذا ما نــسميه تحولا في موضوع العقد، ويشترط لهذا النوع شروط منها:

1. (انتهاء العقد الاول، سواء اكان انتهاؤه بفسخ ام فساد ام بطلان.
2. ان يتضمن العقد المنتهي في اثاره المترتبة عليه مقومات العقد الجديد المتحــول إليه بحيث انّ الاثار المترتبة على العقد المنتهي تمثل مقومات واركــان العقــد المتحول إليه.
3. ان يكون العقد المتحول إليه مشروعا باصله)[1].

اما النوع الثاني: فالمراد به التحول في حكم من احكام العقد او اثر من اثاره مع الإبقاء على موضوع العقد. [2]

ومثال التحول في الحكم كبيع الصبي المميز لشيء من ماله، فإنه عقد صحيح إلا انه موقوف على إجازة الولي فمتى اجازه الولي فإن العقد ينتقل من حال التوقف إلى حال النفاذ.

واما التحول في اثر العقد فمثاله قراض المثل عند المالكية[3] وهذا مــا نــسميه بالتحول في صفة من صفات العقد. وشروطه هي:[4].

1. بقاء العقد على موضوعه، لان خروج العقد عن موضوعه يخرجه من هذا النوع من التحول إلى النوع الاول مصدر التحول من حيث الموضوع.
2. ان يكون العقد مع الصفة الجديدة التي اكتسبها عقدا صحيحا لانّ العقد إذا صار فاسدا او باطلا[5] مع هذه الصفة التي طرات عليه فإنّ العقد يخرجَ عن مفهــوم

---

(1) عزام، التحول في العقد، ص34.

(2) المرجع نفسه، ص10.

(3) سبق توضيحه، ص18.

(4) عزام، التحول في العقد، ص36.

(5) العقد الفاسد عند الحنفية هو المشروع باصله لا بوصفه والعقد الباطل هو العقــد غيــر المشروع لا باصله ولا بوصفه. انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص401.

التحول إلى الفساد والبطلان ليصبح العقد فاسدا او باطلا وهو خارجٌ عن موضوع التحول.

2. 4. 4 حكم تحول العقد:

إنّ العقود في الشريعة الإسلامية قائمة على رضا المتعاقدين اما الاثار فيرجع فيها إلى الشرع، وهي من جعله فيجب على المكلف الالتزام بها.

وتحول العقد من حيث الموضوع منتشر في عقود المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، فتترتب احكام العقد الجديد المتحول إليه بدلا من العقد الاول، إلا انه لا يدخل في عقود النكاح، لان النكاح عند انتهائه لا يتحول إلى عقد اخر، وإنما يترتب عليه بعض الاحكام العمليّة فقط كالمهر، والنفقة، والعدة، وغير ذلك.[1]

امّا تحول عقد النكاح من حيث الصّفة **فيقع، فتتحول** صفته من التوقف إلى النفاذ بعد الإجازة[2] والتحول في العقود حكمه الوجوب في اغلب احوال التحول وذلك حفاظا على حقوق العاقدين او احدهما في العقد الاول، مثل: تحول شركة المفاوضة[3] عند الحنفية إلى شركة عنان[4] عند فقدان احد شروط شركة المفاوضة وذلك للمحافظة على حق كل من الشريكين في اموال الشركة[5].

2. 4. 5 علاقه التبعيض بتحول العقد:

وهذا المطلب يشتمل على فرعين:

---

(1) عزام، التحول في العقد، ص23 وما بعدها.

(2) المرجع نفسه، ص23.

(3) شركة المفاوضة: هي شركة بين شخصين او اكثر في راس المال والعمل مع اشتراط تساويهما في كل الحقوق والتساوي في راس المال، وتنعقد عند الحنفية على الوكالة والكفالة معا.

(4) شركة العنان: هي شركة بين شخصين او اكثر في راس المال والعمل دون اشتراط المساواة في راس المال. انظر: الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج3، ص14-16. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص236-244.

(5) الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج3، ص15.

2. 4. 5. 1 وجه الشبه بين تحول العقد والتبعيض:

إنّ كلا منهما يترتب على العقد الاول منهما بعض الاحكام؛ فعند فساد عقد المضاربة يترتب على هذا الفساد وجود عمل من قبل المضارب في مدة معلومة إلا ان هذه الاثار المترتبة في التحول تشكل عقدا جديدا فيترتب على فساد عقد المضاربة عقد إجارة فاسدة يستحق فيه العامل اجر مثله على العمل الذي قام به في المضاربة، بينما لا يترتب عقد جديد في التبعيض على العقد الاول.

2. 4. 5. 2 الفرق بين تحول العقد والتبعيض:

بالنظر مما سبق بيانه من تعريف للتبعيض وتحول العقد ارى ان هناك فروقا بينهما، ومن هذه الفروق ما ياتي:

إنّ العقد في التبعيض يبقى على موضوعه بينما في تحول العقد قد يكون التحول في الموضوع وقد يكون في الصفة.

وإليك بعض الامثلة فبالمثال يتضح المقال، كمثال عقد المساقاة، ومثال الشاة المذكاة والشاة الميتة، فقد يطرا على العامل ظرف صحي لا يستطيع ان يكمل المدة المتفق عليها؛ فصاحب الشجر هنا له الخيار إما ان ينتظر حتى يشفى العامل من مرضه او يعطيه اجرة المدة التي عملها؛ فهنا العقد بقي على موضوعه بينما في تحول العقد يتحول العقد من عقد المساقاة إلى عقد الإجارة[1]، وهنا تحول في الموضوع. في تحول العقد يكون التحول في العقد ذاته كعقد المساقاة بينما التبعيض يكون في محل العقد او اثاره او صفته كبيع الشاة المذكاة والشاة الميتة صفقة واحدة فيصح في الشاة المذكاة ويبطل في الميتة.

ونلاحظ من المثالين السابقين ان التغير في تحول العقد كان في ذات العقد إما موضوعا او صفة بينما في التبعيض نجد ان التغير كان في المحل ولم يكن في ذات العقد او صفته.

---

(1) انظر عزام، تحول العقد، ص10.

التحول لا يدخل **في** بعض ابواب الفقه كالنكاح فإن عقد النكاح لا يتحول من حيث الموضوع إلى عقد اخر بينما يدخل التبعيض في عقد النكاح فياخذ النكاح الفاسد بعض احكام عقد النكاح الصحيح[1].

---

(1) انظر ص26 من الرسالة.

الفصل الثالث

تبعيض الاحكام المتعلقه بالمحل

3. 1 تفريق الصفقه:

3. 1. 1 تعريف التفريق لغه واصطلاحا:

التفريق في اللغه:

من الفعل الثلاثي فرق، وفرق الشيء فرّقا بمعنى فصله وميّزه؛ والفرّق: هو الفصل، ومنه قوله تعالى: ﴿فَالْفَارِقَاتِ فَرْقاً﴾[1]، وهي الملائكه التي تفصل بين الحلال والحرام، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقُرْآناً فَرَقْنَاهُ﴾[2] اي جزاناه وفرقناه[3] وتاتي فرق **بمعنى** فصل وحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿فَافْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ﴾[4] اي افصل واحكم بيننا، وفرّق بين المتشابهين بمعنى بيّن اوجه الخلاف بينها[5].

التفريق في الاصطلاح:

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء في استخدامهم لمصطلح التفريق عن المعنى اللغوي وهو الفصل والتمييز[6].

---

(1) سورة المرسلات، اية 4.

(2) سورة الإسراء، اية 106.

(3) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، باب القاف فصل الفاء والراء. الصاحب اسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة باب القاف فصل الفاء والراء.

(4) سورة المائدة، اية 25.

(5) انيس إبراهيم، المعجم الوسيط، مادة (فرق).

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص204؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص4؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص4؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص223.

3. 1. 2 تعريف الصفقه لغه واصطلاحا:

الصّفقة في اللغة: من الفعل الثلاثي صفق، وصفق الشيء صـفقا و صـفقة ضربه ضربا يسمع له صوت، والصّفقة ضرب اليد عند البيـع، والـصّفقة العقـد والبيعة[1].

وفي الاصطلاح: هي العقد والبيعة[2]، وسمي العقد والبيعة كذلك؛ لانه كـان عادتهم ان يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد[3].

3. 1. 3 تفريق الصفقه كمركب إضافي:

تفريق الصفقة كمركب إضافي يطلق على امرين[4]:

الامر الاول: يقصد به تفسيم العقد الواحد الذي يشتمل على عدة عقود إلى عـدة صفقات او عقود وإعطاء كل صفقه حكمها.

ومثاله: كعقد الحوالة الخارجية فإنه يشتمل على عقدين:

الاول : عقد وكالة باجرة حيث يوكل العميل البنك في نقل المال من بلد إلى اخر.

والثاني: عقد صرف حيث يقوم البنك بعملية صرف النقود من عملـة إلـى اخرى مقبولة في البلد المحول إليه فنلاحظ هنا انّ الحوالة الخارجية اشتملت علـى عقدين هما وكالة باجرة، وصرف[5].

الامر الثاني: تقسيم المعقود عليه إلى عدة اقسام وإعطاء كل قسم حكمه.

مثال ذلك : ان يبيع شخص شاة مذكاة وشاة ميتة في عقد واحد.

---

(1) الرازي، مختار الصحاح، مادة (صفق). انيس، المعجم الوسيط مادة (صفق).

(2) الجرجاني، التعريفات، ص124.

(3) النووي، المجموع، ج9، ص283. الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص293. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص204.

(4) شبير، محمد عثمان، (مبدا تفريق الصفقة)، **مجلة** دراسات الجامعة الاردنيـة، عـدد2 مجلد25، ط1، 1998، ص287.

(5) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامية، ص279.

التوضيح: في هذا المثال: تفريق الصفقة يكون بتقسيمها إلى صفقتين صفقة بيع الشاة المذكاة وحكمها جائز، والصفقة الاخرى بيع الشاة الميتة وحكمها البطلان.

ونلاحظ من هذا المثال: ان الفساد لا يسري على جميع الصفقة وإنما يقتصر على بعض المعقود عليه –الشاة الميتة-ووجه الاستدلال من المثال انه لما فرق المعقود عليه –الشاة المذكاة والشاة الميتة- إذا بيعتا في صفقة واحدة كان الحكم بالصحة في المذكاة والبطلان في الميتة فكانه فرق العقد وجعله قسمين او عقدين، عقد يرد على الشاة المذكاة وهو صحيح وعقد يرد على الشاة الميتة وهو باطل.

ومما سبق يتبين الاتي:

إنّ تفريق الصفقة في النوعين السابقين يرد على عقد واحد او صفقة واحدة ولا يرد على عقود او صفقات متعددة، ومبدا تفريق الصفقة يقصد به تفريق ما اشتمل عليه العقد إلى صحيح وغير صحيح فيصح العقد في الصحيح بحصته من التمن ويبطل في غير الصحيح.

وبعد عرض التعريف السابق: يمكن تعريف تفريق الصفقة بحيث يشمل القسمين السابقين فاقول: إن تفريق الصفقة هو اخذ الصحيح او ما يتفق عليه العاقدان من العقد او من مجموعة عقود وترك الباقي.

شرح التعريف:

بمعنى ان الصفقة مشتملة على بيع صحيح وبيع غير صحيح كما تبين معنا في المثال السابق الشاة المذكاة والشاة الميتة فيصح في البيع الصحيح (الشاة المذكاة)، ويؤخذ به، ويبطل في غير الصحيح (الشاة الميتة)، وهنا اخِذ بالصحيح من هذه الصفقة وترك غيره.

ومعنى (او ما يتفق عليه العاقدان من العقد او مجموعة عقود).

اي ما يتم التراضي فيه بين العاقدين على عقد او مجموعة عقود في العقد الكلي بحيث ياخذ كل جزء من المعقود عليه في العقد حكمه او كل عقد اندرج تحت العقد الكلي حكمه.

مثل1: فقد يعرض البائع بضاعة للبيع، ويتفق البائع مع المشتري على بيع جزء منها دون باقي المعروض للبيع.

مثل 2: في العقود المستحدثة والتي قد تشتمل على اكثر من عقد كبيع المرابحة للامر بالشراء، فإن كل ما يندرج تحت بيع المرابحة ياخذ حكما خاصا به، يؤثر في الحكم الكلي لمشروعية عقد المرابحة.

وبعد تعريف تفريق الصفقة يمكن تقسيم المبحث إلى مسائل باعتبار محل تفريق الصفقة على النحو الاتي:

المساله الاولى: وجود اكثر من عين في المعقود عليه في عقد واحد.

ومثال ذلك: ان يبيع ارضا وبيتا صفقة واحدة بثمن واحد وهذا البيع حكمه الجواز، باتفاق الفقهاء[1].

ويؤيده ما اخرجه الترمذي عن انس بن مالك ان الرسول -صلى الله عليه وسلم- باع حلسا وقدحا وقال: "من يشتري هذا الحلس[2] والقدح[3]، فقال رجل: اخذتهما بدرهم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: من يزيد على درهم؟ من يزيد على درهم؟ فاعطاه رجل درهمين فباعهما منه" [4].

وجه الدلالة من الحديث: ان النبي -صلى الله عليه وسلم- باع الحلس والقدح في صفقة واحدة وهذا يدل على جواز بيع اكثر من مبيع في البيع الواحد.

ووجه العلاقة بين وجود اكثر من معقود عليه في العقد الواحد وتفريق الصفقة ان العاقد الاخر قد يقبل بكل ما تحويه الصفقة من معقود عليه وقد يقبل ببعضها دون بعض في حال توافر شروط الانعقاد وشروط الصحة في البيع.

---

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص293؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص24؛ ابن انس، المدونة، ج4، ص79؛ وابن قدامة، المغني، ج4، ص169.

(2) الحلس: بكسر الحاء كل ما ولي ظهر الدابة تحت السرج وما يبسط في البيت من حصير انظر، انيس، المعجم الوسيط، مادة حلس، ص214.

(3) القدح: إناء يشرب فيه الماء ونحوه، انظر: انيس، المعجم الوسيط، مادة قدح، ص751.

(4) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله، باب ما جاء في بيع من يزيد، حديث رقم 1218. وقال عنه حديث حسن، لا نعرفه إلا من حديث الاخضر بن عجلان وعبد الله الحنفي الذي روى عن انس.

المساله الثانيه: اقتران شرط بالعقد

يحتوي هذا الشرط على عقد جديد وصورته ان يشترط عقد جديد في العقـد الاصلي كمن يعرض على اخر شراء سيارة فيقبل المشتري بشرط ان يبيعه ارضه لقاء شراء السيارة والحديث في هذه المسالة يشتمل على الفروع الاتية:

3. 1. 3. 1 تعريف الشرط لغه واصطلاحا.

الشرط لغة: من الفعل الثلاثي شرط بمعنى الزم، والشرط ما يوضع ليلتزم به في العقد[1].

الشرط اصطلاحا:

هو تعليق شيء بشيء بحيث إذا وَجد الاول وَجد الثاني[2]، ويمكن القول بـان الشرط هو إلزام احد الطرفين او كليهما بامر زائد عن اصل التصرف وغير موجود وقت التعاقد.

3. 1. 3. 2 التكييف الفقهي للمساله - اقتران شرط بعقد -:

انه عبارة عن عقد اشتمل على صفقتين، الصفقة الاولى عقد البيع الاصـلي، والثانية الشرط المقترن بالعقد والذي يشتمل على عقد اخر فاصبحت صـفقتان فـي صفقة.

3. 1. 3. 3 حكم اجتماع صفقتين في صفقه واحدة:

اختلف الفقهاء في حكم اجتماع اكثر من عقد في صفقة واحدة على قولين:

القول الاول: لا يجوز اجتماع عقـود فـي عقـد واحـد، وبـه قـال الحنفيّـة[3]،

---

(1) انيس، المعجم الوسيط، مادة شرط، ط2، المجمع اللغوي. الصاحب، المحيط في اللغـة، باب الطاء فصل الشين والراء.

(2) الجرجاني، التعريفات، ص17.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص41. السرخسي، المبسوط، ج13، ص4.

والمالكية[1]، في الاظهر والشافعية[2] في المشهور عندهم والحنابلة.[3].

ادلة اصحاب القول الاول:

استدلوا على صحة قولهم بادلة من السنة وهي:

1. عن ابي هريرة -رضي الله عنه- **قال:** (نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن بيعتين في بيعة) [4].
2. عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- **قال:** (نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عن صفقتين في صفقة) [5].
3. عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله -صلى الله **عليه** وسلم- **قال:** "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك" [6].

وجه الدلالة من الاحاديث:

ظاهر هذه الاحاديث يفيد عدم جواز اجتماع عقود في عقد واحد لان البيعتين عقدان والصفقتين عقدان وقد نهى ان يجمعهما عقد واحد وكذلك حكم الشرطين في بيع فقد فسرها الفقهاء بمعنى بيعتين **في بيعة**.

---

(1) ابن انس، المدونة الكبرى، ص 408.

(2) الشيرازي، المهذب، ج3، ص55. النووي، روضة الطالبين، ج3، ص75. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص31.

(3) ابن قدامة، المغني، ج4، ص168-167. البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص206-207.

(4) ابن انس، الموطا، كتاب البيوع باب النهي عن بيعتين في بيعة، حديث رقم 1342. الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، حديث رقم 1231. وقال عنه حسن صحيح، وحسنه الالباني الإرواء. انظر: الالباني، إرواء الغليل، ج5، ص149.

(5) ابن حنبل، مسند احمد، حديث رقم 3783. وقال الهيتمي في مجمع الزوائد ورجال احمد ثقات، انظر: الهيتمي، مجمع الزوائد، ج4، ص84-85.

(6) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ماجاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم 1234، وقال عنه حديث مرسل، اما حديث حكيم بن حزام رقم 1233، **فقل عنه** حديث حسن صحيح.

القول الثاني: جواز اجتمـاع عقود في عقـد واحد، وبه قال: اشـهب[1] من المالكية[2] وابن تيمية من الحنابلة[3].

ادله اصحاب القول الثاني: استدلوا على ذلك بادله من الكتاب والسنه ومنها الاتي:

اولا: من الكتاب الكريم قوله **تعالى**: ﴿ **يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ الا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾[4].

وجه الدلالة من الاية: ان الاية الكريمة جعلت الرضا وتحققه من المتعاقدين سبب في إباحة التجارة، فالاصل في العقود رضا المتعاقدين إلا ما ورد الشرع بتحريمه، فلا مانع شرعا من اجتماع اكثر من عقد في صفقة واحدة مع توافر رضا المتعاقدين وعدم وجود نص شرعي يمنع من هذا الاجتماع.

ثانيا من السنة: ما رواه عمر بن عوف المزني عن ابيه عن جده ان رسول الله -صلى الله عليه وسلم- **قال**: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا او احل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا او احل حراما) [5].

---

(1) هو اشهب بن عبدالعزيز بن داود بن إبراهيم ابو عمر القيسي العامري الجعدي اسمه مسكين، وهو من اهل مصر من اصحاب مالك، واشهب لقب، ولد سنة اربعين ومائة وقيل سنة خمسين ومائة، روى عن مالك والليث والنفيل، قرا على نافع وتفقه بمالك والمدنيين والمصريين، وتوفى بمصر سنة اربع ومائتين بعد الشافعي بشهر. الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص150. الذهبي، سير اعلام النبلاء، ح8، ص323-324.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص313.

(3) ابن تيميه، القواعد النورانية، ص210.

(4) سورة النساء، اية 29.

(5) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الاحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث رقم 1352. وقال عنه حديث حسن صحيح. ابو داود، سنن ابي داوود، كتاب الاقضية باب في الصلح، حديث رقم 3594. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الاحكام، باب الصلح، حديث رقم 2353.

وجه الدلالة من الحديث: انّ الاصل في الشروط الإباحة ما لم يؤد هذا الشرط إلى امر محرم شرعا كالربا او القمار وغيرها من المحرمات، وما دام هذا الشرط الذي يتضمن عقدا لم يخالف نصا شرعيا فيبقى على اصل الإباحة.

سبب الخلاف:

يرجع السبب في ذلك إلى اختلاف الفقهاء في معنى احاديث البيعتين في بيعة بالإضافة إلى اختلافهم في الاصل في العقود والشروط هل هو الحظر او الإباحة، فمن اخذ بظاهر الاحاديث يرى عدم الجواز ومن لم ياخذ بالظاهر قال بجواز اجتماع عقود في عقد واحد[1].

ووجه العلاقة بين مسالة اجتماع العقود في عقد واحد وتفريق الصفقة هو: ان العاقدين إذا قبلا بالعقدين معا فهذا يندرج تحت مسالة اجتماع العقود في صفقة، اما إذا اتفقا على عقد واحد منهما دون الاخر فهذا يندرج تحت تفريق الصفقة.

مناقشه الادله:

اولا: مناقشة ادلة اصحاب القول الاول:

إن الاحاديث التي استدلوا بها معناها الظاهري ليس هو المراد حقيقة.

وإنما علة النهي في هذه الاحاديث هي عدم العلم بالثمن الذي تم عليه العقد حيث افاد اهل العلم ان معنى بيعتين في بيعه، وصفقتين في صفقة هو : ان يقول بعتك هذه الارض نقدا بكذا او نسيئة بكذا، فهذا لا يجوز لانه لا يدري اي الثمن يختار منهما فيقع به العقد وإذا جهل الثمن بطل البيع[2].

ثانيا: مناقشة ادلة اصحاب القول الثاني:

الذين قالوا بان الاصل في الشروط الإباحة، هذا ليس على سبيل العموم بل خصص بادلة اخرى من القران والسنة كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّـهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

---

(1) ابو هربيد، عاطف محمد حسين، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط1، 1426هـ، ص141.

(2) الشوكاني، نيل الاوطار، ج5، ص152.



الظَّالِمُونَ﴾.[1] وقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: "من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد" [2].

وبعد عرض الاقوال وادلتها ومناقشتها يظهر للباحث ان الراجح في هذه المسالة القول الثاني وهو جواز اجتماع عقود في عقد واحد ما لم يؤد هذا الاجتماع إلى مال فاسد وذلك لما ياتي:

اولا: لانّ الاصل في العقود الإباحة[3]، قال ابن القيم: (اما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها... وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفوا لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله فإنّ الحلال ما احله الله والحرام ما حرّمه وما سكت عنه فهو عفو)[4]، فعملا بهذا الاصل يبقى اجتماع العقود في صفقة واحدة على الإباحة ولاسيما انّ هذا الاجتماع لم يؤدَ إلى اثار منعها الشرع.[5]

ثانيا: لانّ النظر في مالات الافعال مقصودٌ شرعا حتى لا يترتب على الفعل المشروع إبتداءً محظورٌ شرعيٌ، فإنّ الفعل قد يكون في ظاهره مشروعا ولكنه يؤول إلى مفسدة، قال الشاطبي: (النظر في مالات الافعال معتبر مقصود شرعا، كانت الافعال موافقة او مخالفة، وذلك انّ المجتهد لا يحكم في فعل من الافعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام او بالإحجام إلا بعد النظر إلى

---

(1) سورة البقرة، اية 229.

(2) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب اذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم 2550. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الاقضية، باب نقض الاحكام الباطلة ورد محدثات الامور، حديث رقم 1718.

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج9 ص132.

(4) ابن القيم، اعلام الموقعين، ج1، ص384-385.

(5) عزام، حمد فخري، حكم اجتماع العقود في صفقة واحدة، المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد3، العدد 1، اذار 2007، ص74.

ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعا لمصلحة فيه تستجلب او لمفسدة تدرا)[1]،

وهذا يدل على ان الشرع يعتبر في الاعمال امرين هما:

الوسيلة المتخذة في العمل، والغاية المقصودة من العمل ولا يكون الفعل مشروعا إلا بمشروعية كل منهما، فالوسيلة والغاية في العمل الواحد مقصودان شرعا.

ولمّا كان الاصل جواز اجتماع العقود في صفقة واحدة وجب النظر فيما يؤول إليه هذا الاجتماع من اثار، فإنّ ال الامر إلى محظور شرعي كان هذا الاجتماع ممنوعا شرعا لما ترتب عليه من مفسدة وإن ال هذا الامر إلى اثار لم يرد من الشرع نهى عنها تبقى على اصل الإباحة[2].

ثالثا: ولانّ فقه المعاملات في الشريعة الإسلاميّة مبني على العلل والمصالح فما اباحه الشرع من معاملات مبني على المصالح التي يحققها هذا الحكم لهم وما نهى عنه الشرع مبني على دفع المفاسد او المنازعة المترتبة عليه، وعليه فلما كان اجتماع العقود في صفقة واحدة يحقق مصالح العباد دون ان يؤول إلى مفسدة ممنوعة كان هذا الاجتماع مشروعا، وإن ال اجتماع العقود في صفقة واحدة إلى محظور شرعي منع هذا الاجتماع[3].

المساله الثالثه: العقد الذي يشتمل على محل متقوم واخر غير متقوم.

إذا اشتمل العقد الواحد على محلين احدهما مشروع والاخر غير مشروع كان يكون احدهما متقوما والاخر غير متقوّم، كما لو باع شخص شاة مذكاة وشاة ميتة او باع خلا وخمرا بثمن واحد ولم يسم لِكل واحد ثمنا، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسالة على اربعة اقوال:

---

(1) الشاطبي، الموافقات في اصول الاحكام، ج4، ص110.

(2) عزام، حكم اجتماع العقود في صفقة واحدة، ص74-75.

(3) عزام، حكم اجتماع العقود في صفقة واحدة، ص75.

القول الاول: بحرمة هذه الصفقة تغليبا لجانب الحرام وهو قول الحنفيـــة[1]، والشافعية في قول[2] والحنابلة في قول[3] واستدلوا على ذلك بما ياتي:

1. الحديث الذي رواه ابن مسعود: "ما اجتمع الحلال والحـــرام إلا غلـــب الحـــرام الحلال"[4].

وجه الدلالة من الحديث: ان الصفقة التي يجتمع فيها الحلال والحـــرام فـــإن حكم الحرام غالب على الحلال فتحرّم كل الصفقة.

2. واستدلوا بالقاعدة الفقهية: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلبَ الحرام".[5]

وجه الدلالة من القاعدة: انه في حال اجتماع الحلال والحرام في صفقة واحدة فـــإن الحرام يَغلب على الحلال فتاخذ الصفقة كلها حكم الحرام.

3. ولان الصفقة واحدة في المتقوّم وغير المتقوّم فلا يدخل غير المتقوّم تحت العقد لعدم الماليه، ومتى بطل في البعض بطل في الكل، لانّ الصفقة غيـــر متجزئـــة وكذا الجمع بين دنين احدهما خل والاخر خمر، ومتروك التسمية كالميتة، وإذا لم يكن غير المتقوّم مالا لا يقابله شيء من التمن فيبقى المال المتقـــوّم مجهـــول التمن[6].

4. ولان القبول في الحرّ والميتة شرط للبيع في العبد والذكية وانه باطل[7]، فيبطـــل في الجميع.

---

(1) الموصلي، الإختيار، ج2، ص24.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص40. الماوردي، الحاوي، ج5، ص293.

(3) ابن مفلح، المبدع ،ج3، ص378.

(4) البيهقي، سنن البيهقي، كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال، وقال البيهقي وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف والحديث منقطع ايضا لان الشعبي يروي عن ابن مسعود، حديث رقم 2186.

(5) السيوطي، الاشباه والنظائر، ص139. الندوي، القواعد الفقهية، ص272. شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص325.

(6) الموصلي، الاختيار، ج2، ص24.

(7) المرجع نفسه، ج2، ص24.

القول الثاني: على اعتبار تفريق الصفقة يصح البيع في الحلال بقسطه من التمن ويبطل في الحرام بقسطه، وقال به الشافعيّة[1] في الاظهر، والحنابلة[2] في المذهب والمالكية[3] في قول، واستدلوا على ذلك بما ياتي:

اولا: استدلوا بالقاعدة الفقهية: "الفساد لا يتعدى المحل الفاسد".[4]

وجه الدلالة من القاعدة: ان الصفقة جمعت بين عقدين احدهما حلال والاخر حرام وبناءَ على القاعدة السابقة يفسد العقد في الحرام بقسطه من التمن ويصح في الحلال بقسطه.

تانيا: استدلوا بالقياس، فقاسوا العقد الذي يجمع بين الحلال والحرام على عقد النكاح الذي يجمع بين المراة الاجنبيّة والاخت ، فيصح العقد على الاجنبية ويبطل على الاخت فكذا البيع يبطل في غير المتقوّم ويصح في المتقوّم.

القول التالث: ينظر إلى التمن فإن كان التمن لكل الصفقة الصحيح منها والفاسد فسد العقد كله، واما إن فصل في التمن فجعل جزءا منه للمحل الصحيح وجزءا للمحل الفاسد صحّ العقد في المحل الصحيح وفسد في المحل الفاسد.

وهو قول الصاحبين من الحنفية، واستدلوا بالقياس فقاسوا عقد البيع الذي يجمع بين حلال وحرام على عقد النكاح الذي يجمع بين المراة الاجنبيّة والاخت فيصح نكاح المراة الاجنبيّة ويبطل نكاح الاخت، وكذلك البيع.[5] فيصح في المتقوّم ويبطل في غير المتقوّم ولا سيما انه قد يتبين لكل من المال المتقوّم عوضه، وغير المتقوّم عوضه فيكون المبيع معلوما و التمن معلوما فيصح في المتقوّم ويبطل في غير المتقوّم، اما في حال كان التمن لكل منهما(المتقوّم وغير المتقوّم) فسد العقد لجهالة تمن المال المتقوّم.

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص40. الماوردي، الحاوي، ج5، ص293. الشيرازي، المهذب، ج3، ص55.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص205.

(3) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص283. ابن مالك، المدونه، ج5، ص 386.

(4) المرغيناني، الهداية، ج6، ص457.

(5) الموصلي، الإختيار، ج2، ص24.

القول الرابع: يخير العاقد بين تصحيح العقد في الحلال بجميع التمن، وبين رد البيع وإبطاله، وذهب إلى هذا الشافعية[1] في قول ثالث، واستدلوا على ذلك بما ياتي:

بان العقد يتوجه في الاصل إلى ما هو مشروع ولا يتوجه إلى غير المشروع، فكان غير المشروع كالمعدوم، فيصح في المشروع بكل التمن ويبطل في غير المشروع، ونظرا لتفريق الصفقة على المشتري فيخيّر بين اخذ المبيع بكلّ التمن وبين فسخ العقد[2].

مناقشه الاقوال:

اولا: مناقشة ادلة القول الاول:

1. إن الحديث الذي استدلوا به لا اصل له قال عنه البيهقي: حديث رواه جابر الجعفي رجل ضعيف عن الشعبي عن ابن مسعود وهو منقطع"[3].

وقال السيوطي: واخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع، فلا يصلح للاحتجاج به في هذه المسالة والله عز وجل اعلم.[4]

2. وامّا استدلالهم بالقاعدة الفقهية (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام الحلال) فهذا إذا كان بينهما مزج وخلط، امّا ما لا مزج فيه فإنه لا يغلب جانب الحرام على الحلال، فإنّ المشروع يمكن معرفته وتمييزه عن الحرام، وبالتالي فإنه ياخذ حكمه وهو الصحة وكذلك غير المشروع ياخذ حكمه وهو البطلان.

3. واما قولهم بجهالة التمن الذي يقابل الحلال فهذا غير مسلم به بدليل انه لو باع بتمن معين، تم اطلع على عيب قديم فحسم قيمة العيب من التمن لا يعد ذلك جهالة في التمن تفضي إلى فساد العقد[5].

---

(1) الماوردي، الحاوي، ج5، ص294-295. الغزالي، الوجيز، ص142. الشيرازي، المهذب، ج3، ص55-56.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص41.

(3) البيهقي، سنن البيهقي، كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال، حديث رقم 2186.

(4) السيوطي الاشباه والنظائر، ج1، ص238.

(5) ابن قدامة، المغني، ج4، ص 263.

4. واما قياسهم على الشروط الفاسدة في العقد، فلا يصح بدليل حديث بريرة الذي اشترط اهلها على عائشة -رضي الله عنها- ان يكون لهم الولاء حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم لها: "خذيها واشترطي لهم الولاء إنما الولاء لمن اعتق"، وفي رواية "الولاء لمن اعتق وإن اشترطوا مائة شرط"[1]، فالشرط الفاسد يبطل ولا يتعدى فساده إلى العقد.

ثانيا: مناقشه القول الثاني:

إن استدلالهم بالقاعدة (الفساد لا يتعدى المحل الفاسد) فيعترض عليه بانّ المال غير المتقوّم جزء من الصفقة، ولما كانت الصفقة غير متجزئة بطل في الجميع، كما ان المال المتقوّم مجهول الثمن لعدم تحديد جزء من الثمن خاص به، فكان البيع فيه على وجه الخصوص فاسدا لجهالة الثمن[2].

اما القياس على النكاح فقياس مع الفارق لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة على خلاف البيع فإنّ البيع يفسد بالشروط الفاسدة.

ثالثا: مناقشه القول الثالث:

يناقش قول الصاحبين إنّ البيع هنا في الصفقة التي اشتملت على المتقوّم وغير المتقوّم تمّ عليهما كصفقة واحدة بدليل انّ كلا منهما شرط لبيع الاخر فبطل البيع في المتقوّم ايضا[3].

رابعا: مناقشه القول الرابع:

ويجاب عن دليلهم بالتخيير، بما اورده ابن رجب حيث قال: (فهذا في غاية الفساد، اللهم إلا ان يخصّ هذا بمن كان عالما بالحال، وإنّ بعض المعقود عليه لا يصحّ العقد عليه فيكون قد دخل على بذل الثمن في مقابلة ما يصح عليه العقد

---

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب العتق، باب اثم من قذف مملوكه وباب المكاتب، حديث رقم 2421، وكتاب العتق، باب ما يجوز من شروط المكاتب، ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله، حديث رقم 2423، وكتاب البيوع باب البيع والشراء مع النساء، حديث رقم 2047.

(2) الموصلي، الاختيار، ج2، ص24. البابرتي، العناية، ج6، ص457.

(3) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص457.

خاصة، كما نقول فيمن اوصى لحي وميت يعلم موتــه بــشيء انّ الوصــية كلهـ لـ للحي).[1]

بعد النظر في اقوال العلماء وادلتهم يرى الباحث، ان قول الــصاحبين مــن الحنفيّة بتصحيح العقد في المحل المشروع الذي تبين ثمنه وفساده في غير المشروع هو الراجح لما يأتي:

الشريعة الإسلامية تسعى للاخذ بما امكن من العقود والتصرفات إعمالا لكلام المتعاقدين بدلا من إهماله البتة، عملا بالقاعدة الفقهية (إعمال الكــلام اولــى مــن إهماله).[2]

ولا سيما انّ المحل الذي صحّ فيه العقد قد استكمل شروط الصحة من حيــث معلومية محلّ العقد ومعلومية الثمن. هذا والله اعلم واحكم.

المساله الرابعه: العقد الذي يشتمل على فضول جزئي:

صورة المسالة إذا باع شخص ماله ومال غيره بدون إذنه في عقد واحد كان يبيع بستانه وبستان جاره بمائة الف.

فقد اختلف الفقهاء في اعتبار تفريق الصفقة في هذا العقد على الموجود اربعة اقوال وليست ثلاثة اقوال:

القول الاول: يصح البيع في ملكه بقسطه من الثمن ويبطل في ملك الغير فبهذا يكون العقد صحيحا في الجزء الذي يملكه ويبطل فيما عداه.

وذهب إلى هذا المالكية[3]، وهو الاظهر عند الــشافعية[4]، والمــذهب عنــد الحنابلة[5].

وقد اشترط المالكية: لصحته ان يكون المقصود من البيع ملك البائع ولــيس ملك الغير واستدلوا لذلك بما ياتي:

---

(1) ابن رجب، القواعد، ص409.

(2) السيوطي، الاشباه والنظائر، ص166. الندوي، القواعد الفقهية، ص355.

(3) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص283.

(4) الشيرازي، المهذب، ج3، ص55. النووي، روضة الطالبين، ج3، ص88-89.

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص205-206. ابن قدامة، المغني، ج4، ص169.

1. استدلوا بالقاعدة الفقهية (الفساد لا يتعدى المحل الفاسد).[1]

فيفسد العقد في ملك الغير ويصح في ملكه لولايته على ملكه وعدم ولايته على ملك الغير.

2. استدلوا بالقياس فقاسوا عقد الفضول الجزئي على عقد النكاح الذي يجمع بين المراة الاجنبيّة والاخت، فيصحّ العقد على الاجنبيّة ويبطل العقد على الاخت فكذا يصح في ملكه دون ملك غيره[2].

القول الثاني: يبطل العقد في ملك البائع وملك الغير تغليبا لجانب الحرام قال به زفر[3] من الحنفية والشافعية[4] في قول والحنابلة[5] في قول واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1. استدلوا بالقاعدة الفقهيّة: (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام) [6].

وجه الدلالة من القاعدة: انه في حال اجتماع الحلال - **بيع ملكه** - والحرام - بيع ملك الغير في صفقة واحدة فإن الحرام يَغلب على الحلال فتاخذ الصفقة كلها حكم الحرام.

القول الثالث: يخير المشتري بين تصحيح العقد بجميع التمن وبين ردّ البيع وإبطاله وعليه فلا تفريق للصفقة هنا وهو قول ثالث للشافعية.

وذلك: (لانّ ما لا يقابل العقد لا تمن له، فيصير التمن كله في مقابلة الاخر)[7].

---

(1) سبق بيانها، ص33.

(2) ابن قدامه، المغني، ج4، ص169.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص288.

(4) النووي، روضة الطالبين، ج3، ص425-426.

(5) ابن قدامة، المغني، ج4، ص140.

(6) سبق بيانها، ص33.

(7) النووي، المجموع، ج9، ص283.

القول الرابع: انه يصح العقد في ملكه وملك غيره إلا انه في ملكه يكون العقد نافذا وفي ملك غيره موقوفا على إجازة صاحب الشان، وقال به الحنفية[1]، والمالكية[2].

ادله القول الرابع: استدلوا بما ياتي:

اولا: السنه:

1. ما اخرجه البخاري انه عليه الصلاة والسلام دفع دينارا إلى حكيم بن حزام يشتري به اضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين واشترى باحد الدينارين شاة وجاء إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- بالشاة والدينار، فاجاز صنيعه ولم ينكر عليه ودعا له بالبركة[3].

وجه الدلالة من الحديث: ان بيعه الشاة بغير امر الرسول -صلى الله عليه وسلم- لا يخرج عن كونه فضوليا ولما اجازه الرسول -صلى الله عليه وسلم- ودعا له بالبركة دل ذلك على انّ كلّ عقد له مَجيز حال وقوعه يتوقف على إجازته، وما لا فلا [4].

ثانيا: من المعقول:

إنّ صحة بيع الفضولي لا ضرر فيه على المالك لانه متوقف على إجازته[5]، فإن اجازه نفذ البيع، وإلا فسخ هذا البيع.

سبب الخلاف في المسالة قائم على صحة بيع الفضولي، فمن اجاز بيع الفضولي لم يقل بتفريق الصفقة، ومن لم يقل بصحة بيع الفضولي، قال بتفريق الصفقة، فيصح العقد في ملكه ويبطل في ملك غيره.

مناقشه الاقوال:

يناقش اصحاب القول الاول بما ياتي:

---

(1) الموصلي، الاختيار ج2، ص18.

(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص283.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب رقم 28، حديث رقم 3642.

(4) الموصلي، الاختيار، ج2، ص18.

(5) المرجع نفسه، ج2، ص18.

1. إنّ استدلالهم بالقاعدة فيعترض عليه، انّ البيع تمّ فيه صفقتان في ان واحد وفي عقد واحد فيكون العقد مشتملا على الحرام والحلال معا وما اجتمع فيه الحلال مع الحرام غلب فيه جانب الحرام فبطلت الصفقة كلها.
2. إنّ استدلالهم بالقياس على النكاح فقياس مع الفارق لانّ النكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة على خلاف البيع فإنه يفسد بالشروط الفاسدة.

يناقش اصحاب القول الثاني والذين قالوا بتغليب جانب الحرام على الحلال إذا اجتمعا، فالردّ عليه بان هذا في حالة الخلط والمزج بينهما امّا الذي لا خلط فيه فإنه لا يغلب جانب الحرام على الحلال وإنما ياخذ كل قسم حكمه فالحرام يحرم، والحلال يحل كالاشياء العينية فإنه يمكن ان يعرف منها ما يكون طاهرا وما يكون نجسا وكذلك الحال في البيع الفضولي فإنه يمكن ان يعرف المبيع المملوك للبائع من المبيع المملوك للغير فيصح في الحلال ويبطل في الحرام والله اعلم[1].

واما اصحاب القول الثالث الذين قالوا بانّ العقد توجه إلى ملك البائع دون ملك الغير، فغير مسلم به، فالصحيح ان العقد توجه إلى ملك الاثنين البائع وغيره وبالتالي يصح العقد في ملك البائع ويتوقف في ملك غيره على إجازته[2].

اما مناقشة قول الحنفيّة القائل بصحة بيع الفضولي فهذا لا يصح لانه باع ملك غيره دون إذن من المالك ولما فيه من تعدَ على حق المالك، وهذا ممنوع شرعا لانّ الرسول -صلى الله عليه وسلم- نهى حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده. والفضولي يبيع ما ليس عنده لانه غير مالك له ولما فيه من تعدَ على حق المالك لانه يبيع مالا لا ولاية له عليه فلم يصح هذا التصرف.

وبعد عرض الاقوال وادلتها والمناقشة لها، يظهر للباحث -والله اعلم- ان الراجح في هذه المسالة:

هو القول الرابع: القائل باعتبار تفريق الصفقة في العقد الذي يشتمل على فضول جزئي، فيصح العقد في بيع المالك بحصته من الثمن ويكون نافذا ويكون موقوفا في ملك الغير، وذلك لما ياتي:

---

(1) شبير، (مبدا تفريق الصفقة)، ص294.

(2) المرجع نفسه، ص294.

1. انسجامه مع يسر الشريعة الإسلامية ومقاصدها السَمحة.
2. الشريعة الإسلامية تسعى لتصحيح ما يمكن تصحيحه من العقود بدلا من إبطالها.
3. فيه تحقيق لمبدا استقرار المعاملات.
4. حفظ حقوق الناس من الضياع، لا سيما انه لا ضرر على الغير في بيع ملكه لان البيع لا ينفذ إلا بإجازته.

المساله الخامسه: العقد الدي يشتمل على استحقاق جزئي.

إذا باع شخص سلعة صفقة واحدة فظهر ان بعضه مستحق لغيره، كان يبيع ارضا ورثها عن مورثه، ثم تبين وجود وارث اخر يستحق بعض الارض، فهل يَعمل بمبدا تفريق الصفقة؟

اختلف الفقهاء في المسالة ولهم فيها عدة اقوال:

القول الاول: يصحّ البيع في الجزء المملوك للبائع بحصته من التمن ويبطل البيع في الجزء المستحق من المبيع بحصته من التمن وهو قول الحنفيه[1]، والشافعية[2]، إذا كان استحقاق البعض قد ظهر به عيبَ بعد قبض المبيع ولم يَحّدِث الاستحقاق عيبا في باقي المبيع واستدلوا على ذلك بما ياتي:

1. لانّ البيع لا ينعقد إلا على الجزء المملوك، بينما الجزء المستحق لا ينعقد عليه العقد لانّ تصرف المكلف في غير ملكه باطل لعدم الملك ولعدم الاذن المسبق في التصرف وعليه يصح في الجزء المملوك ويبطل في الجزء المستحق.
2. ولانه لا ضرر في تفريق الصّفقة على المشتري فلم يكن لهذا المشتري خيار الرد[3].

القول التاني: يخيّر المشتري بين إبقاء المال المملوك للبائع بحصته من التمن وإبطال البيع في الجزء المستحق بحصته من التمن والرجوع بها على البائع وبين فسخ العقد وردّ المبيع.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص288.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص40.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص288-289.

وذهب إليه الشافعية في قول[1]، والحنابلة في رواية[2]، والحنفية[3]، فيما إذا كان استحقاق البعض قد ظهر قبل قبض المبيع او بعد القبض واحدث الاستحقاق عيبا في باقي المبيع كان يكون المعقود عليه شيئا واحدا كالدار و الكرم والارض لانّ التشقيص – اي الشركة - في الاعيان عيب، فاخذ حكم خيار العيب[4].

القول الثالث: فرق اصحاب هذا القول بين ما إذا كان شائعا او معينا فإن كان المستحق شائعا تبت للمشتري الخيار إذا استحق من المبيع الشائع القليل او الكثير بين التمسك بالباقي والرجوع بحصته من المستحق وبين الردّ والرّجوع بجميع التمن، وذلك لانّ التلث عند المالكية ياخذ حكم الكل؛ فإن كان المستحق التلث فصاعدا خيَر المشتري بين تفريق الصفقة بالرّجوع بحصة المستحق من التمن والتمسك بالباقي وبين ردّ المبيع كله والرّجوع على البائع بجميع التمن. امّا إذا كان المستحق اقل من التلث فيكون الغالب في الصفقة صحيحا لذا وجب التمسك بالاغلب من المبيع والرّجوع على البائع بحصة المستحق من التمن.

امّا إذا كان المستحق معينا وتلف بعضه فإن كان الباقي من المبيع النصف فاكتر لزم التمسك بحصته من التمن، وإن كان اقل من النصف وجب رده وحرم التمسك بالباقي إلا إذا كان متليّا فلا يحرم التمسك باقله بل يجري عليه تفصيل العيب، وحاصله انه إذا كان التلف او المستحق التلث فاكتر يخير بين الردّ والتمسك بالباقي، اما إذا كان اقل من التلث فيلزمه الباقي من التمن، وهو قول المالكية [5].

---

(1) الماوردي، الحاوي، ج5، ص294.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص205.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 288-289.

(4) المرجع نفسه، ج5، ص288-289.

(5) الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج5، ص160. العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، ج5، ص160.

القول الرابع: يغلب الحرام وهو المستحق على الحلال وهو باقي الصفقة فيبطل العقد في الجميع وذهب إليه الشافعية في قول [1]، والحنابلة [2] في رواية، واستدلوا بما يأتي:

بالقاعدة(إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب جانب الحرام)[3].

وجه الاستدلال: ان الصفقة جمعت ما بين الحرام والحلال فبعضها حرام والبعض الاخر حلال وبناءً على القاعدة يبطل العقد في الجميع تغليبا لجانب الحرمة.

مناقشه الاقوال:

اولا: مناقشة القول الاول: يمكن تصحيح تصرف البائع في الجزء المستحق بجعل العقد صحيحا ولكنه موقوفا في الجزء المستحق على إجازة المالك باعتبار انّ البائع فضوليا في بيعه ملك غيره تصحيحا للتصرف باعتبار ان البائع مكلف اي (بالغ، عاقل، راشد).

والاصل اعتبار كلامه بدلا من إهماله عملا بالقاعدة (إعمال الكلام اولى من إهماله) [4].

ثانيا: مناقشة القول الثاني: يمكن مناقشة القول الثاني بما نوقش به القول الاول بتصحيح العقد في الجزء المستحق وجعله موقوفا على إجازة المالك بدلا من إبطال العقد فيه تصحيحا لتصرف البائع باعتباره فضوليّا عملا بالقاعدة (إعمال الكلام اولى من إهماله).

ثالثا: مناقشة القول الثالث: إن هذا التفصيل الذي ذكره المالكية في التفريق بين الجزء المستحق الشائع والمعين بانه من غير دليل معتبر في هذا التفريق الذي

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص41. الشيرازي، المهذب، ج3، ص55.

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 205-206.

(3) سبق بيانها، ص33.

(4) سبق بيانها، ص37.

ذهبوا إليه، فلم يرد ما يؤيد قولهم هذا في التفريق بين الشائع والمعين دليل من القران او السنة او القياس الصحيح.

رابعا: مناقشة القول الرابع: إن إبطال كل الصفقة بتغليب جانب الحرام على الحلال فيه إبطال لحق المتعاقدين وضياع لحقوقهما فيمكن تصحيح العقد في الجزء الصحيح وإبطال الفاسد منه (الجزء المستحق) عملا بالقاعدة(الفساد لا يتعدى المحل الفاسد)[1].

الترجيح:

بعد النظر في اقوال العلماء وادلتهم في المسالة نجد انّ القول الاول اعتبر تفريق الصفقة فصحح البيع في الجزء المملوك وابطله في الجزء المستحق، كما نجد انّ القول الثاني اعتبر تفريق الصّفقة فخيّر المشتري بين تصحيح العقد في الجزء المملوك، وإبطاله في الجزء المستحق بحصته من الثمن، امّا القول الثالث فذهب إلى تفريق الصفقة ايضا فخير المشتري إذا كان المستحق شائعا بين تصحيح العقد في الجزء المملوك، والرّجوع بحصة المستحق من الثمن وبين فسخ العقد، امّا القول الرابع فلم ياخذ في هذه المسالة بتفريق الصفقة وابطل العقد تغليبا لجانب الحرام على الحلال.

ويرى الباحث انّ القول الثاني هو الراجح في هذه المسالة وهو تخيير المشتري بين تفريق الصفقة بتصحيح العقد في الجزء المملوك، وإبطاله في الجزء المستحق وبين ردّ المبيع والرّجوع على البائع بكل الثمن، ولكن يرى الباحث انّ جعل العقد في الشطر الاول موقوفا على إجازة المالك افضل من إبطال العقد في الجزء المستحق باعتبار انّ البائع باع ملك غيره فكان فضوليّا، وعقد الفضوليّ صحيح إلا انه موقوف على إجازة صاحب الشان عملا بالقاعدة (إعمال الكلام اولى من إهماله)[2].

---

(1) سبق بيانها، ص33.

(2) سبق بيانها، ص37.

وسبب ترجيح هذا الراي هو ما يأتي:

1. دفع الضرر عن المشتري وذلك بتخييره بين ردّ المبيع كاملا وفسخ العقد وبين تصحيح العقد في الجزء المملوك وجعله موقوفا في الجزء المستحق لتفريق الصفقة عليه، فلعل المالك لا يقبل ببيع حصته المستحقة فيتضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه، فكان الاولى في هذه المسالة هو تخييره بين ردّ البيع او القبول بالحصّة المملوكة.
2. ولان الاستحقاق في المبيع او جزء منه يعد عيبا فيترتب عليه حكم وجود العيب في المبيع فيثبت الخيار للمشتري.

3. 2 المهاياة المكانيه والمهاياة الزمانيه:

3. 2. 1 تعريف المهاياة:

المهاياة لغه: من الفعل التلاتي هاء، يَهاء، هيئة، اي صار حسن الهيئة[1]، والهيئة حال الشيء وكيفيته، وتاتي بمعنى الشارة والمظهر الذي يكون عليه الشيء او الشخص سواء اكان حسنا ام قبيحا[2]، وتهايا القوم اي جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة[3].

وفي الاصطلاح:

عرّفها ابن الهمام من الحنفية بانها قسمة المنافع[4]، وبحسب التعريف السابق يمكن القول: بان المهاياة تهيئة الشيء على سبيل الانتفاع به زمانا او مكانا بمعنى ان الشيء الذي يراد الانتفاع به يكون مهيئا للشخص لا ينافسه فيه احد بحيث ينتفع به زمانا او مكانا محددين ومتال ذلك: دار بين شريكين تهايا على ان يسكن كل واحد منهما جزءا من الدّار او يتفقا على ان ينتفع كل واحد منهما بهذه الدار لمدة

---

(1) انيس، المعجم الوسيط، مادة هاء.

(2) ابن منظور، لسان العرب، باب الهمزة فصل الهاء والالف.

(3) الفيومي، المصباح المنير، مادة هاء.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج8، ص377.

محددة كعام مثلا، فالاول يدل على المهاياة المكانية والاخر يتضح فيه المهاياة الزمانية، وسياتي الكلام عن المهاياتين في مطلب انواع المهاياة بإذن الله.

ووجه العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي واضحة من حيث ان المهاياة لغة تاتي بمعنى المناوبة، وهذا المعنى متوافر في الاصطلاح حيث ان المتهايان يتناوبان على الانتفاع بالمحل زمانا او مكانا.

3. 2. 2 مشروعيه المهاياة:

يمكن الاستدلال على مشروعيّة المهاياة من الكتاب والسّنة والإجماع ومن المعقول على النحو الاتي:

اولا: من الكتاب:

1. قوله تعالى: ﴿**لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ**﴾[1].
2. وقوله تعالى: ﴿**وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ**﴾[2].

وجه الدلالة من الايتين السابقتين: انّ الله -سبحانه وتعالى- جعل الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة بالمناوبة فقد حكم الله بقسمة الانتفاع بحق الشرب زمانا بين قوم صالح والناقة فكان لهم يوم يشربون فيه وللناقة يوم تشرب فيه[3].

ثانيا: من السنه:

1. ما اخرجه البخاري بسنده"عن عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه- انهم كانوا يوم بدر بين كل ثلاثة بعير وكان زميلا رسول الله -صلى الله عليه وسلم- **علي** وابو لبابة"[4].

---

(1) سورة الشعراء، اية 155.

(2) سورة القمر، اية 28.

(3) ابن كثير، تفسير القران العظيم، ج4، ص284.

(4) ابن حبان، صحيح ابن حبان، كتاب السير، باب التقليد والجرس للدواب ذكر إباحة تعاقب الجماعة البعير الواحد في الغزو، حديث رقم 4819. ابن حنبل، مسند احمد ابن حنبل، مسند عبد الله بن مسعود، حديث رقم 3859.

وجه الدلالة من الحديث: انّ النبي -صلى الله عليه وسلم- قسم منفعة البعير الواحد بين ثلاثة من الصحابة بالتناوب، وهذا هو معنى المهاياة حيث انّ منفعة البعير مقسّمة زمنيا بين ثلاثة من الصّحابة الكرام.

ثالثا: الإجماع:

اجمعت الامة على جوازها في الجملة، ولا يعرف احد من الفقهاء خالف في مشروعيتها[1].

رابعا: من المعقول:

1. إن الحاجة تدعو إليها حيث انّ الاموال غير القابلة للقسمة خلقت لنفع البشر فلو لم تجوّز المهاياة يلزم تعطيل لهذه الاموال وهذا يتنافى مع يسر وسماحة الشريعة[2] وعدم العمل بالمهاياة فيه تعطيل لمنافع ما سخره الله لنا في قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾[3].

فمنطوق الاية انّ الله -سبحانه وتعالى- سخر لنا ما في الارض جميعا فضلا منه ونعمة على عباده المكلفين، وفي عدم القول بالمهاياة تعطيل لهذا الانتفاع، ولانّ التهايؤ قسمة المنافع فيصار إليها لتكميل المنفعة كتعذر الاجتماع على عين واحدة فكان التهايؤ هنا جمعا للمنافع في زمان واحد[4].

2. وجاء في البناية: "انّ الاعيان خلقت للانتفاع فمتى كان الملك مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا ايضا، والمحل الواحد لا يحتمل على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج إليهما تكميلا للانتفاع"[5].

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص310. الخرشي، شرح الخرشي، ج6، ص184. النووي، روضة الطالبين، ج8، ص194. البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص474. ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص390. العيني، البناية، ج11، ص462.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص423.

(3) سورة البقرة، اية 29.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص310.

(5) العيني، البناية، ج11، ص462.



3. القياس على قسمة الاعيان فكما انّ القسمة مشروعة في الاعيان فكذا تصح المهاياة في المنافع باعتبار انّ المهاياة نوع من القسمة ولكنها مقصورة على المنافع دون الاعيان[1].

3. 2. 3 التكييف الفقهي للمهاياة:

سلك الفقهاء في هذه المسالة طريقين:

الطريق الاول: وقد فرّق في بيان حقيقة المهاياة وبين نوعيها وهو للحنفية وذلك على النحو الاتي:

اولا: المهاياة الزمانيه: وصورتها: ان يتهايا اثنان في بيت مشترك بينهما على ان يسكن احدهما سنة والاخر سنة اخرى[2].

وللحنفية فيها ثلاثة اقوال:

القول الاول: إنها إفراز[3] من وجه ومبادلة من وجه اخر[4]، ووجه الإفراز تحديد حصة كل من الشريكين بحيث تكون مميزه ومستقلة عن حصة الاخر،ووجه المبادلة انّ كلا من الشريكين يتنازل عن حقه في حصة شريكه مقابل ان يتنازل شريكه عن حقه في حصته.

القول الثاني: إنها إفراز من كل وجه، وقال به ابن نجيم من الحنفية[5]، وذلك بتحديد نصيب كل منهما زمانا محددا ينتفع به، وعليه فلكل من الشريكين استغلال نصيبه خلال المدة المتفق عليها[6].

---

(1) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص456.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص390. ابن قدامة، المغني، ج9، ص94. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص498. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص32. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424.

(3) الإفراز: تمييز الحقوق بعضها من بعض. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص31.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424.

(5) ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص311.

(6) ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص390. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص311.

القول الثالث: إنها في معنى الإعارة، وقال به القدوري من الحنفية، ووجه الإعارة انّ كلا من الشريكين يعطي منافع العين لشريكه في وقت محدد دون عوض[1].

ثانيا: المهاياة المكانيه: وصورتها: ان يتهايا شريكان في دار على ان يسكن احدهما بعضها والاخر البعض الاخر[2].

والمنفعة في المهاياة المكانية نوعان:

النوع الاول: ان تكون المنفعة متحدة الجنس بين الشريكين.

النوع الثاني: ان تكون المنفعة مختلفة الجنس في حق كل من الشريكين.

اما الاول فقد اختلف الحنفية فيه على ثلاثة اقوال:

القول الاول: انها إفراز لا مبادلة[3]، وهذا هو الاوجه عند الحنفية، وقد علل صاحب العناية كونها إفرازا؛ لان القاضي يجمع **جميع** منافع احدهما في بيت واحد، بحيث تصبح حصة كل من الشريكين مميزة بعد ان كانت شائعة[4].

كان يرث اخوان دارا مكونة من شقتين فيتفقان مهاياة مكانية بحيث ياخذ احدهما شقة والاخر الشقة الاخرى، حيث تميزت هنا منافع كل شقة منهما.

وناقش صاحب البحر الرائق هذا التعليل فقال: "إن جمع المنافع الشائعة مَحل لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل اخر، فكيف يتمكن القاضي من جمعها؟ بمعنى كيف يستطيع جمع منفعة سكن الدار او ركوب السيارة مع انها معدومة في ذلك الوقت وهذه المنافع عند وجودها لا تنتقل من مكان لاخر ويجاب عنه ان المراد ليس للقاضي ان يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد ان القاضي يعتبرهما موجودتان جميعا للضرورة"[5].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص33.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص31. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص310. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424. ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص390.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص310. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424.

(4) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص456.

(5) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، ص310.

القول الثاني: إنها إفراز من وجه وعارية من وجه اخر[1].

ووجه الإفراز هو تمييز منافع المكان بحيث تصبح حصّة كلّ من الشريكين في الانتفاع متميزة عن الاخر، ووجه العارية ان كلا من الشريكين يعطي المنافع المكانية لشريكه دون مقابل، وإنما قيل ذلك خشية الربا، فالمهاياة جائزة في الجنس الواحد، ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد لانها تكون مبادلة المنفعة بجنسها وهذا يحرم لجريان ربا النسيئة فيها[2].

وهذا القول ضعيف عند الحنفيّة فقد ردّ صاحب تبيين الحقائق فقال: "هذا مشكل لانّ كلّ واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما اخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه، فكيف يتصور ان يكون إفرازا للكل او عارية في البعض؟ والعارية غير لازمة، والمهاياة لازمة"[3].

وقد اجاب الكاساني عن هذا الإشكال فقال: "إنّ المهاياة المكانية ليست بإعارة، لانّ العارية لا تؤجر بينما المهاياة (المكانية) قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان، ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهاياة"[4].

القول الثالث: انها إفراز من وجه ومبادلة من وجه اخر قياسا على قسمة الاعيان[5].

ووجه هذا القول: حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة[6]، بمعنى انّ المهاياة تكون إفرازا وهو تحديد حصة كل من الشريكين بحيث تكون مميزة ومستقلة عن حصة الاخر ومبادلة، اي ان كلا من الشريكين يتنازل عن حقه في حصّة شريكه مقابل ان يتنازل شريكه عن حقه في حصته، وهذا هو الحال في قسمة الاعيان، **فهي**

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص310.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص310.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص32.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424.

(6) العيني، البناية، ج11، ص463.

عند الحنفية لا تخلو من معنى المبادلة والإفراز معا، لان ما ياخذه كل واحد من الشركاء كان له بعضه، وبعضه الاخر كان لشريكه ويترتب عليه ما يأتي:

1. في المهاياة المكانية لا يشترط التاقيت.

2. جواز الاستغلال في المهاياة سواء شرط ذلك في المهاياة ام لم يشترط[(1)].

الطريق الثاني وهو قول الجمهور من المالكية والشافعيّة والحنابلة انه معاوضة ولكنهم اختلفوا في ماهية المعاوضة، فذهب المالكية إلى انها معاوضة في معنى الإجارة، ووجهه ان كلا من الشريكين يتنازل عن حصته لشريكه مقابل ان يتنازل شريكه عن حقه في حصته، ولكنهم عدوها في معنى الإجارة باعتبار ان المحل الذي تنازل عنه كل من الشريكين هو منفعة مقابل عوض لذا كانت هذه المعاوضة في معنى الإجارة[(2)].

وذهب الشافعيّة[(3)]، والحنابلة[(4)] إلى ان المهاياة معاوضة في معنى البيع ووجهه ان كلا من الشريكين في المنافع يتنازل لشريكه عن جزء من حصته لشريكه الاخر لقاء ان يتنازل الشريك عن جزء من حصته في المنافع للشريك الاخر، ولان المنافع اموال متقوّمة قابلة للقسمة كالاعيان لذا فإن المهاياة جاءت في معنى البيع.

الترجيح:

بعد النظر في اقوال العلماء في التكييف الفقهي للمهاياة يرى الباحث انّ الراجح في التكييف الفقهي للمهاياة هو انّ المهاياة معاوضة في معنى الإجارة وهو قول المالكية؛ وذلك لان "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني"[(5)]. فكل من الشريكين يستبدل في حصّة شريكه بحق شريكه في حصّته، وهذه المبادلة هي معاوضة باعتبار انّ كلا منهما بادل ملكه في المنفعة مقابل عوض، وبما انّ

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص390. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص311. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص32.

(2) الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج6، ص184.

(3) الشيرازي، المهذب، ج5، ص536.

(4) ابن قدامة، المغني، ج9، ص94.

(5) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص174.

محل المبادلة هو المنافع وقد تمت هذه المبادلة بعوض لذا كانت في معنى الإجـــارة، لانّ الإجارة هي تمليك المنافع بعوض.

3. 2. 4 انواع المهاياة:

وهي نوعان:

1. مهاياة زمانيه.
2. مهاياة مكانية.

3. 2. 4. 1 معنى المهاياة الزمانيه:

ان يستغل كل واحد من الشركاء ما اصابه من العين الشائعة مدّة تتناسب مع نصيبه في العين المشتركة.

ومثال ذلك: ان يكون بين الشركاء عقارٌ فيتفقوا بان يَجعل العقار في يد احدهما سنة او سنتين ونحوه بحسب ما يتفقان عليه[1].

3. 2. 4. 2 مدة المهاياة الزمانيه:

المهاياة الزمانيّة لابَدّ فيها من تحديد الزمن إذ هو الاساس الذي تقوم عليه فيه يَعرف قدر الانتفاع بالمنفعة، وتختلف المدة باختلاف نصيب الـــشخص فـــي محـــل المهاياة، فمن كانت حصّته في العين الثلثين والاخر الثلث فصاحب حصّة الثلثين له حق الانتفاع ضعف المدة التي ينتفع بها صاحب الثلث[2].

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص390. العيني، البناية، ج11، ص462.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص380.

3. 2. 4. 3 معنى المهاياة المكانية:

ان يَحدد جزءَ مَفرزَ من المال الشائع يختص بمنفعة واحد من الشركاء يوازي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الاجزاء مع بقاء الشركة في عين المال على وصفها[1].

مثالها: ان يتهايا اثنان في الدار المشتركة على ان يسكن احدهما شقة والاخر الشقة الثانية[2].

مدتها: قائمة على استغلال كل واحد من الشريكين او الشركاء الانتفاع بجزء معين من المال المشترك مادامت الشركة بينهما.

3. 2. 5 شروط المهاياة:

الشرط الاول: ان تكون المهاياة في منفعة مع بقاء عينها، فالمهاياة متعلقة بالمنافع دون الاعيان، فهي خاصة بقسمة المنافع مع بقاء الذات بينهما على اصل الشركة، وعلى هذا لو تراضى اثنان على ان يزرع احدهما في جانب من الارض والاخر في الجانب الاخر، او ان يسكن احدهما العلو من الدار والاخر الجزء الاسفل منها فالمهاياة صحيحة، وبناءَ على ذلك لا تجري المهاياة في الاعيان التي ينتفع بها إلا باستهلاك عينها كالطعام[3].

فالانتفاع بالطعام يستوجب استهلاك عينه فلا يمكن المهاياة فيه، وقسمة المنافع لهلاك محل المهاياة بانتفاع الاول منهما.

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج6، ص183-184.

(2) العيني، البناية، ج11، ص462. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص311. القرافي، الذخيرة، ج6، ص183-184. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص32. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص498. ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص390.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص499. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص310. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص33. ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص390.

الشرط الثاني: انتفاء الغرر، ويلزم من هذا الشرط انتفاء الغـــرر، وانتفــاؤه يكون بتحديد الزمان في المهاياة الزمانية وتحديد المكان في المهاياة المكانية[1].

الشرط الثالث: تعيين الزمن (المدّة) فالمهاياة لابد من تحديدها بمدّة معينة إذا كانت زمانيّة وذلك بالاتفاق بين الشركاء حسبما يرون من مصلحة، وتحديد المدّة في المهاياة الزمانيّة امر لابدّ منه؛ لانها قائمة على عنصر الزمن وهذا باتفاق الفقهــاء وإن لم ينصّ بعضهم على ذلك، ولانه بالمدّة يعرف قدر الانتفاع وتــصير المنـــافع معلومة[2].

اما تحديد المدّة في المهاياة المكانيّة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الاول: اشتراط مدة الانتفاع في المهاياة المكانيّة وهو قول ابن عرفـــه من المالكية؛ وذلك لان المهاياة المكانية شبيهه بالإجارة من حيث اللزوم فلزم تعيين المدة فيها حيث يعرف بها قدر الانتفاع[3].

القول الثاني: عدم اشتراط تعيين المدة في هذا النوع من المهاياة، وذهب إلـــى هـــذا الحنفية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6].

ووجه هذا القول:

1. انّ قسمة المنافع مقدرة بالمكان وهذا يكفي فلا حاجة لمعرفة المـــدّة، فالمنفعـة معلومة بالعلم بمكانها والعلم بالمكان يقطع المنازعة[7].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص33. ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص390.

(2) الكاساني، البدائع، ج7، ص33. ابن عابدين، رد المحتـــار، ج9، ص390، القرافـــي، الذخيرة، ج6، ص183-184 والشيرازي، المهـــذب، ج5، ص536، وابـــن قدامـــه، المغني، ج9، ص82-83.

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص499.

(4) المرغيناني، الهداية، ج9، ص456.

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج4، ص426.

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص474.

(7) الموصلي، الاختيار، ج2، ص84. الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص32.

2. ولانها إفراز لجميع الانصباء وليست مبادلة محضة ولذلك هي جـائزة سـواء ذكرت المدة او لا[1].

مناقشة الاقوال:

اولا: مناقشة القول الاول:

انه لا حاجة هنا لتحديد المدّة لانّ المنفعة متعلقة بالمكان وهو معلوم فصارت المهاياة معلومة لارتباطها بمكان معلوم.

ثانيا: مناقشة القول الثاني:

امّا قولهم بانها محددة بمكان وهو معلوم فيمكن الاعتراض عليه بانّ المكـان وحده غير كافٍ لكي تكون المنافع معلومة فلكي تعلم المنافع لابدّ من تحديد زمـان الانتفاع حتى تصبح معلومة.

امّا قولهم بانها إفراز للحصص فلكي تكون هذه الحصص معلومة لابدّ فيها من تحديد الزمن.

الترجيـح:

الذي يظهر للباحث -والله اعلم- هو القول الاول: القائل بوجوب تحديد المدّة في المهاياة المكانية؛ وذلك لانّ في تحديدها قطعا للمنازعـات والخـصومات بـين الشركاء ولاسيما في هذا العصر الذي كثر فيه الفساد.

3. 2. 6 تبعيض الاحكام الشرعيه في المهاياة:

من خلال المطالب السابقة نجد ان المهاياة تشتمل على بعض احكام القـسمة على النحو الاتي:

1. القسمة تقتضي تمييز الملك في العين والمنفعة معا، بينما المهاياة تقتضي تمييـز المنافع فقط، ومن هنا نجد انّ المهاياة تشمل جزءا من حكم القسمة وهو تمييـز كلّ من العين والمنفعة بينما في المهاياة التمييز يكون في المنفعة فقط وهذا جزء من حكم القسمة.

---

[1] الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، ص424.

مثاله: ففي قسمة الدّار على سبيل المثال يتميز نصيب كل شخص على حده عينا ومنفعة فتقسم الدّار بينهما بحيث ياخذ احدهما الطابق الاول والاخر الطابق الثاني او ياخذ احدهما شقة والاخر شقة اخرى، بحيث يصبح نصيب كل منهما ملكا خاصا متميزا، امّا في المهاياة فإنّ المنفعة هي التي تقسم في الدّار دون العين فيسكن احدهما سنة والاخر سنة اخرى (مهاياة زمانيّة) او يسكن احدهما شقة والاخر شقة اخرى (مهاياة مكانية).

2. بالقسمة تزول الشركة بين الشريكين ويتميز نصيب كل واحد منهما بينما في المهاياة تبقى الرقبة شركة بين الشريكين، وما يتم تمييزه هو المنفعة فقط، فالشركة في القسمة تنتهي بينما تظل الشركة قائمة في الرقبة في المهاياة.

مثاله: يتميز نصيب كل من الشركاء في قسمة الدار بحيث تنتهي الشركة بينهم فيصبح نصيب كل من الشركاء ملكا خاصا متميزا عن نصيب بقية الشركاء، فياخذ كل منهم شقة او طابقا بحيث يكون ملكا خاصا به ومتميزا عن غيره في ذلك الملك بينما لو تهايؤوا على الدّار لبقيت الشركة في الدار قائمة، وما تمّ قسمته هو المنافع فقط فتقسم منافع الدّار زمانا او مكانا دون الرقبة (العين).

3. المنافع في القسمة تكون متميزة وخاصة بشخص محدد له ان ينتفع بها كامل كيفما شاء في الوقت الذي يريد بينما المهاياة تاخذ بعض هذا الحكم زمانا او مكانا، فإذا كانت المهاياة مكانية فإن المنتفع ينتفع ببعض العين دون الكل وإذا كانت المهاياة زمانيّة؛ فإن المنتفع ينتفع بالعين بعض الزّمان دون الكل، ولا يستطيع في المهاياة التصرف في العين لثبوت حق الغير في العين باعتبارها ملكا للجميع.

ففي القسمة تصبح الدار المقسومة ملكا متميزا لكل **منهما** بحيث يتصرف المالك في حصّته في الدّار كيف يشاء، ويستخدمها كيف يشاء استعمالا واستقلالا وتصرفا، فيستطيع المالك ان يسكن في حصّته من البيت (كالشقة او الطابق) او يؤجره او يهبه بينما في المهاياة لا يستطيع المنتفع إلا استعمال العين بحسب الزّمان او المكان المحدد له ولا يستطيع التصرف في العين هبة او بيعا او رهنا إلا برضا شركائه.

4. وكذلك التبعيض في المهاياة يظهر في التكييف الفقهي، **فالقسمة** عند الحنفيّة تقتضي التمييز والمبادلة بينما المهاياة في الاصح عند الحنفية هي تمييز فقط ولا تحمل معنى المبادلة.

الفصل الرابع

تبعيض الاحكام المتعلقه بالاثر

4. 1 تبعيض الاحكام في البيع الفاسد:

4. 1. 1 التعريف للصحيح والفاسد والباطل:

وبيان هذا المطلب ينحصر في الوقوف على الفروع الاتية:

4. 1. 1. 1 تعريف الصحيح لغه واصطلاحا:

اولا: تعريف الصّحيح لغة: الصّحيح من الفعل الثلاثي: صحَّ يصح فهو صحيح اي بريٌ من كل عيب او ريب نقول صحّ الخبر وصحت الشهادة اي برئت من كل عيب وريب، وجمعه صحاح لغير العاقل واصحاء للعاقل[1].

ثانيا: تعريف الصحيح اصطلاحا: "هو ما اجتمعت اركانه وشرائطه حتى يكون معتبرا في حق الحكم"[2].

4. 1. 1. 2 تعريف الفاسد لغه واصطلاحا:

اولا: الفاسد لغة: الفساد نقيض الصّلاح، ماخوذ من فسد الشيء، يفسد فسادا وفسودا، وياتي بمعنى الخروج.

وتفاسد القوم: تدابروا وقطعوا الارحام[3].

ثانيا: الفاسد اصطلاحا: عرّفه ابن الهُمام من الحنفيّة[4]: بانه المشروع باصله لا بوصفه.

---

(1) انيس، المعجم الوسيط، مادة (صحح). الرازي، مختار الصحاح، مادة (صحح).

(2) الجرجاني، التعريفات، ص123.

(3) ابن منظور، لسان العرب، باب الدال، فصل الغاء والسين.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص401.



وذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3] إلى القول بانه نقيض الصحّة بكلّ اعتبار.

4. 1. 1. 3 تعريف الباطل لغه واصطلاحا:

اولا: الباطل لغة: الباطل ضد الحق، وهو ماخوذ من: بطل الشيء يبطل بطلا وبَطولا وبطلانا اي ذهب ضياعا وخسرانا فهو باطل[4].

ثانيا: الباطل اصطلاحا: ذهب الحنفية إلى التفريق بين الفساد والبطلان، اما الفاسد فقد سبق تعريفه، اما الباطل فقد عرّفه ابن الهمّام من الحنفية بانه ما كان غير مشروع لا باصله ولا بوصفه[5].

امّا الجمهور فلا يفرقون بين العقد الباطل والفاسد، فهما عند جمهور الفقهاء مترادفان، وعليه يكون التعريف السّابق للفساد هو نفسه للبطلان[6].

4. 1. 2 نظريه الفساد والبطلان عند الفقهاء:

اختلفت كلمة الفقهاء في مفهوم الفاسد والباطل على قولين:

القول الاول: انّ الفاسد والباطل مترادفان، فهما بمعنى واحد، وذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية[7]، والشافعية[8]، والحنابلة[9].

القول الثاني: التفريق بين الفساد والبطلان.

---

(1) القرافي، الفروق، ج2، ص86.

(2) الغزالي، المستصفى، ص76.

(3) الشوكاني، ارشاد الفحول، ص193. ابن قدامة، روضة الناظر، ج2، ص652.

(4) الرازي، مختار الصحاح، مادة (بطل).

(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص401.

(6) الغزالي، المستصفى، ص76.

(7) القرافي، الفروق، ج2، ص86.

(8) الفزاري، ابن الفركاح، شرح الورقات، ص156.

(9) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص193.

فالفاسد: ما كان مشروعا باصله دون وصفه.

والباطل: ما لم يكن مشروعا باصله ووصفه، وهو قول الحنفية[1].

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء في تفريق الحنفية بين الفاسد والباطل وعدم تفريق الجمهور بينهما إلى انّ النهي المطلق هل يَحمل على النهي عن الوصف فقط، ام يحمل على إطلاقه، فيشمل النهي الاصل والوصف؟

فذهب الحنفية إلى انّ النهي المطلق محمول على الوصف فقط بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى انّ النهي المطلق محمول على الاصل والوصف معا[2].

ادله الجمهور:

استدل الجمهور على ان النهي المطلق محمول على الاصل والوصف معا بادلة من السنة والإجماع والمعقول وذلك على النحو الاتي:

اولا: من السنه:

1. ما اخرجه البخاري ومسلم عن عائشة –رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "من احدث في امرنا هذا ما ليس منه فهو رد"[3].

وجه الدلالة من الحديث: انّ النهي إذا ورد على الوصف او الاصل فيدل على المنهي عنه مخالفا للشرع وما دام قد خالف الشرع فهو مردودٌ بنصّ الحديث، فالمعدوم شرعا كالمعدوم حسا[4].

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص401.

(2) الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي واصوله، ج1، ص212-213.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم 2578.

(4) ابن بدران، نزهة الخاطر العاطر، ج2، ص114.

2. ما اخرجه ابو داود والدارقطني والبيهقي عن ابن عباس –رضي الله عنهما- ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إنّ الله إذا حرّم على قومٍ اكل شيءٍ حرّم عليهم **ثمنه**"[1].

وجه الدلالة من الحديث: انّ الله -سبحانه وتعالى- لمّا حرّم اكل شيء على عمومه دون تفريق بيّن ان يكون هذا التحريم لخلل في الذات او لخلل في الوصف، ويدل على هذا العموم في التحريم دون النظر إلى الذات او الوصف انّ ثمن هذا الشيء المنهي عنه حرام مما يدل على انّ الثمن في كل الاحوال محرّم، فلا فرق بين ان يكون السبب الخلل في الذات او الوصف مادامت النتيجة واحدة وهي تحريم الثمن[2].

ثانيا: من الإجماع:

إجماع الصحابة -رضي الله عنهم- على الحكم بفساد المنهي عنه، ويشهد لذلك وقائع كثيرة ومنها:

1. إنكار عبادة بن الصامت على معاوية بيع انية الفضة بالدراهم متفاضلا مستدلا بنهي النبي -صلى الله عليه وسلم- عن ذلك، فردّ الناس تلك البيوع التي تبايعوها ذلك الوقت على الوجه المنهي عنه[3].
2. وانكر معمر بن عبد الله على غلامه بيع الحنطة بالشعير وامره برده، مستدلا بنهي النبي -صلى الله عليه وسلم- عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل[4].

---

(1) ابو داود، سنن ابو داود، كتاب الإجارة، باب في ثمن الخمر والميتة، حديث رقم3490. البيهقي، سنن البيهقي، كتاب البيوع، باب تحريم بيع ما يكون نجسا لا يحل اكله. الدارقطني، سنن الدراقطني، كتاب البيوع، حديث رقم 2461. وهو حديث صحيح، انظر: محمد اشرف، عون المعبود على سنن ابي داود، ص1493.

(2) ابن حزم، المحلى بالاثار، ج7، ص491. الشرواني، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج4، ص235.

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة والمزارعة، باب الربا، حديث رقم 4145.

(4) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل، حديث رقم 1592.

وجه الدلالة من الاترين: ان الإنكار في الاترين السابقين يدل دلالة واضحة على فساد المنهي عنه، إذ لو كان المنهي عنه صحيحا لما انكره كتير من الصحابة وعلى هذا فالمنهي عنه يقتضي الفساد[1].

تالتا: من المعقول:

اولا: إن النهي عن الوصف اللازم من حيث اتره كالنهي عن الذات وذلك لان اتر النهي عن الوصف اللازم لا يخرج عن احتمالات تلاتة هي:

1. مراعاة إرادة الشارع دون إرادة المتعاقدين، وهذا فيه إلغاء لمبدا التراضي، ومعلوم ان التراضي هو اساس العقد لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[2]، وقوله -صلى الله عليه وسلم-: "لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه"[3]. وبالتالي فإن هذا الاحتمال غير صحيح لإهمال ركن التصرف وهو إرادة العاقدين.
2. مراعاة إرادة المتعاقدين دون إرادة الشارع، وهذا لا يتصور لان تصرفات العباد لا تخرج عن إرادة الشارع؛ فمن تصرف بمحض إرادته وخالف ما امر به الشرع يكون قد ارتكب محظورا وهو باطل وما يؤدي إلى الباطل فهو باطل.
3. الا يترتب عليه اتر وإذا كان الامر كذلك فلا يكون تمة فرق بينه وبين الباطل، وعليه فيكون الباطل والفاسد مترادفان[4].

---

(1) ابن قدامة، روضة الناظر، ص655-656.

(2) سورة النساء، اية 29.

(3) الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع،حديث رقم 2522، 2523. اخرجه ابن حبان عن ابي حَميد الساعدي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامريء ان ياخذ عصا اخيه بغير طيب نفس منه". انظر: ابن حبان، كتاب الحظر والإباحة وكتاب الرهن، باب ذكر الخبر الدال على قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مل...، حديث رقم 6078، صححه الالباني. انظر: الالباني، إرواء الغليل، حديث رقم 1459.

(4) ابن قدامة، روضة الناظر، ج2، ص656. الامدي، الإحكام في اصول الاحكام، ج1، ص175-176. الاسنوي، نهاية السول في شرح منهاج الاصول،ج1، ص439-440.

ثانيا: استدلوا بالقياس:

قياس النهي المطلق على الامر المطلق ووجه ذلك ان الامر المطلق كـــالامر بالصلاة والصوم والحج مثلا يدل على ان المامور به حسنٌ لذاته، وكـــذلك النهـــي المطلق كالنهي عن بيع الخنزير وبيع الغرر يحمل على الذات كالامر المطلق[1].

ثالثا: إن النهي عن الشيء يدل على تعلق المفسدة بذاته او بالوصف الملازم له لان الشارع حكيم لا ينهى عن المصالح، وإنما ينهى عن المفاسد وفي الحكم عليها بالفساد اعظم طريق لإعدام المفاسد[2].

رابعا: النهي يدل على اشتمال المنهي عنه على المفسدة الخالصة او الراجحة او المساويه، وعلى التقديرين الاولين يجب الحكم بالفساد، لان الحكم بالفساد ســـعيٌ في إعدام المفسدة، ولا يجوز القول بغير ذلك، لانه لا يفيد حكما فالإقدام عليه عبث، والشارع منزهٌ عن العبث، اما على التقدير الثالث وهو التساوي فالعبث قائمٌ ايـــضا فلا فائدة من الحكم مع مفسدة مساويه، وعليه يجب القول بالفـــساد دفعـــا لمحظـــور العبث[3]، سواءً تعلق الفساد بالذات او الوصف اللازم فلا فرق بينهما.

خامسا: إن اثر النهي هو لزوم الامتناع والترك، فالنهي عن بيع الغرر مـــثلا يستلزم التحريم للوصف والذات. فلو قلنا بتحريم الوصف دون الذات بحيـــث يبقـــى الاصل على مشروعيته وهو (حل البيع) كما يقـــول الحنفيـــة لادى ذلـــك اجتمـــاع المعصية مع المشروعية والمعصية مع المشروعية لا تجتمع للتـــضاد[4]، وللقاعـــدة الفقهية: (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام)[5]، وعليه يجب القول برفع مشروعية التصرف المنهي عنه اصلا دفعا للتناقض.

---

(1) الغزالي، المستصفى، ج2، ص28-29.

(2) ابن قدامة، روضة الناظر، ج2، ص656.

(3) الارموي، التحصيل من المحصول، ج1، ص337.

(4) الاسنوي، نهاية السول، ج1، ص 437.

(5) سبق بيانها، ص33.

سادسا: إنّ النهي عن الوصف الملازم مع ربط الحكم به يؤدي إلى التناقض في حكمة المشرع، والشارع منزّه عن ذلك، فجعلها سببا فيه تمكينا للعبد بان يتخذها وسيلة للحرام وحتا له على تعاطيه فجاء النهي منعا له من تعاطي السبب[1].

ادله الحنفيه:

الدليل الاول: إن النهي في العقود الشرعية لتحريم تعاطي العقود مع بقاء اصلها مشروعَ، والنهي عما لا يتصور لغة، فلا يستقيم ان تقول للاعمى "لا تبصر" وموجب النهي هو الانتهاء وهو لا يقع على المعدومات بل على الموجودات فكان من ضرورة صحة النهي بقاء المنهي عنه مشروعا، وهذا ما يسميه الحنفية الإمكان اي حتى يمكن تصور وقوع النهي لابد ان يكون لهذا النهي محل لورود هذا النهي عليه، وإلا لكان نسخا يراد به الرفع وإعدام اختيار العبد، والنهي ليس رفعا بل منعا من الاداء، فتبقى المشروعية ويصبح الاداء فاسدا ويحرم الفعل[2].

الدليل الثاني: ما اخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها: "إن بريرة دخلت عليها تستعين في كتابتها وعليها خمسة اواق نجِّمَت –اي قسطت- عليها في خمس سنين، فقالت لها عائشة: ونفست فيها ارايت إن عددت لهم عدة واحدة ايبيعك اهلك فاعتقك فيكون ولاؤك لي؟ فذهبت بريرة إلى اهلها فعرضت ذلك عليهم، فقالوا: لا، إلا ان يكون لنا الولاء، قالت عائشة: فدخلت على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فذكرت ذلك له، فقال لها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "اشتريها فاعتقيها، فإنما الولاء لمن اعتق"، ثم قام رسول ال -صلى الله عليه وسلم- فقل: "ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، شرط الله احق واوثق"[3].

وجه الدلالة من الحديث: ان هذا الحديث دل على فساد العقد بشرط فيه منفعة لاحد العاقدين، وان الرسول صلى الله عليه وسلم صحح العقد بإبطاله للشرط فلو كان العقد باطلا، لما امكن تصحيحه؛ لانه لم ينعقد اصلا فدل على ان العقد منعقد

---

(1) ابن قدامة، روضة الناظر، ج2، ص656.

(2) امير بادشاه، تيسير التحرير شرح كتاب التحرير، ج1، ص381.

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المكاتب،باب إثم من قذف مملوكه،حديث رقم 2560.

ابتداءً بدليل ان النبي -صلى الله عليه وسلم- صحح تصرف السيدة عائشة -رضي الله عنها - بعتقها لبريرة فلو لم تكن بريرة مملوكة ابتداءً للسيدة عائشة لما صح عتقها لها[1].

الدليل الثالث: إن القول بان النهي ينصرف إلى الذات يوجب إعدام المنهي عنه، وذلك بتصيير النهي إلى نسخ، وهذا يَعدم اختيار العبد في العمل، وهو مخالف لمفهوم الابتلاء، فالابتلاء لا يتحقق إلا إذا بقي للعبد في الامر اختيارا، وهذا الاختيار لا يتحقق إلا ببقاء الاصل مشروعا[2].

الدليل الرابع: قياس النهي عن الوصف اللازم على النهي عن الوصف المجاور فكما ان المنهي عنه في الوصف المجاور يبقى على اصل المشروعية مع ورود النهي عنه كالبيع وقت صلاة الجمعة والصلاة في الثوب المغصوب؛ فإنه لا يلغي اصل مشروعية البيع في المثال الاول، ولا يلغي اصل مشروعية الصلاة في المثال الثاني،فكذلك المنهي عنه في الوصف اللازم فإن النهي لا يلغي اصل المشروعية[3].

المناقشة:

اولا: مناقشة قول الجمهور:

1. مناقشة دليلهم الاول: وهو حديث عائشة رضي الله عنها وذلك من وجوه:

إنّ القول بالردّ وبدون رضى المتعاقدين واجب؛ لانه حق الشارع، وحق الشارع لا يجوز التهاون فيه او التنازل عنه تعظيما لحق الناهي، وخروجا من الحرمة وهذا نوع رد، وكذلك الملك الثابت نتيجة التصرف الفاسد خبيث وحرام، ولذا قلنا انه لا يحل الانتفاع به. والقول بهما عمل بمقتضى الحديث غير اننا لا نقول ببطلانه اصلا لان في ذلك تسوية بين ما كان مشروعا باصله دون وصفه (الفاسد) وما لا يشرع اصلا ولا وصفا وهو (الباطل)، وهذا غير جائز لما فيه من مخالفة

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص441-442.

(2) السرخسي، اصول السرخسي، ج1، ص86-87.

(3) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج6، ص461. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص461.

الشارع في حكمه بمشروعية الاصل في الاول وعدم المشروعية في الثاني من كل وجه، فوجب التوفيق بين مقتضى هذا الحديث وبين حكم الشرع في التصرف الفاسد، فعملنا بالحديث بالقدر الذي يقتضيه مدى المخالفة ونوعها في كل منهما جزاءَ ووفاقا وتحريا لمراد الشارع ومقصده في كل مورد من موارد النهي[1].

2. مناقشة دليلهم من الإجماع وذلك من وجوه:

ا. إن الإجماع لم يقع من جميع الامة وإنما من بعض الامة ومخالفة البعض خرق للإجماع[2].

ب. وإن سلمنا بالإجماع في النهي عن الربا فإن العلماء مجمعون على حرمته حتى الحنفية، ويقولون بفساده فهذا امر مجمعَ عليه لا خلاف فيه، وإنما الخلاف ان هذا النهي الوارد في الربا يَبطل اصل مشروعية البيع اولا. وهذا محل الخلاف[3].

ج. إن الصحابة كانوا يحتجون بمجرد النهي على القبح العيني الذي يستلزم البطلان، فإن هذا لم يقع إلا في بعض الافعال التي كان حكمها يناقض حكم النهي، كالعبادات والنكاح، اما سائر التصرفات الشرعية فكان استدلالهم بالنهي على التحريم فقط دون البطلان إذ الحرمة تجمع مع المشروعية بحكم الشرع في كل منهما ولا تناقض عملا بالدلائل جميعا[4].

كصحة البيع وقت صلاة الجمعة مع ورود النهي عنه في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ...﴾ [5].

3. مناقشة دليلهم من المعقول:

ا. اما قولهم بان الاثار المترتبة على البيع الفاسد لا تخرج عن ثلاثة احتمالات فيجاب عنه بان الشرع لمّا نهى عن مثل هذه البيوع الفاسدة ترتب عليها وجوب

---

(1) الدريني، بحوث مقارنة، ج1، ص301.

(2) الغزالي، المستصفى، ج2، ص27.

(3) المصدر نفسه، ج2، ص27.

(4) الدريني، بحوث مقارنة، ج1، ص302.

(5) سورة الجمعة، اية 9.

إعمال إرادة الشارع بعدم مشروعية هذه البيوع ووجوب فسخها مراعـــاة لحـــق الشرع، كما احترم إرادة العاقدين بان اسند إليهما حق هذا الفسخ لرفع هذا الفساد الواقع[1].فنكون بذلك اخذنا بإرادة الشارع وإرادة العاقدين معا.

ب. ويمكن الإجابة عن قياسهم على الامر المطلق بانه لابد فيه من محل مـــشروع يقع الامر عليه وكذلك النهي يجب ان يكون فيه محل مشروع حتى يقع النهـــي عنه[2].

ج. اما قولهم إنّ النهي يدل على وجود مفسدة في البيع فلا خلاف فيه فحتى الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل يجعلون البيع الفاسد غير مـــشروع باعتبـــاره مخالفا للشرع لتعلق المفسدة به ولذا اوجب الحنفية فسخه مراعاة لحق الـــشرع وإزالة للخبث.

د. اما قولهم إنّ اشتمال الفعل على مفسدة راجحة او خالصة او مساوية يدل علـــى فساد المنهي عنه فلا خلاف فيه، فحتى الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل يقولون بعدم المشروعية كالجمهور إلا ان الخلاف، ان هذا النهي هل يدل علـــى عدم مشروعية الاصل كما يقول الجمهور ام لا؟

هـ. اما قولهم بان القول بالفساد والذي يفيد اجتماع فـــساد الوصـــف مـــع بقـــاء مشروعية الاصل يؤدي إلى التناقض فيمكن الإجابة عنه بانه لا تناقض في هذا المقام لاختلاف محل النهي عن محل المشروعية، فالنهي واردة عـــن الوصـــف والمشروعية باقية في الاصل فلا تناقض بينهما وإنما التناقض يكون في حـــال اجتماع المشروعية والنهي في المحل الواحد، وهذا غيـــر موجـــود فـــي هـــذه المسالة[3].

ثانيا: مناقشة الحنفية:

1. مناقشة الدليل الاول: إنّ الشرع عندما ينهى عن شيء فإن الاصل ان يكون هذا الشيء معدوما شرعا بسبب النهي الوارد فيه والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

---

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص23.

(2) الدريني، بحوث مقارنة، ج1، ص297.

(3) المصدر نفسه، ج1، ص298.

2. مناقشة الدليل الثاني: ويمكن الإجابة عن استدلالهم بحديث السيدة عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم اقرّ البيع وابطل الشرط فإن البيوع التي تشتمل على شروط باطلة تبقى صحيحة ويبطل فيها الشرط فقط دون فساد اصل البيع كما يقول الحنفية.
3. مناقشة الدليل الثالث: ويجاب عنه بما ياتي: إن الابتلاء يتحقق ايضا بانتفاء اصل المشروعية الا ترى ان الشرع نهى عن بيع الميتة والخنزير فنفى اصل المشروعية ومع ذلك بقي هذا البيع نوعا من الابتلاء.
4. مناقشة الدليل الرابع: ويجاب عنه ان هذا القياس مع الفارق، لان النهي عن الوصف المجاور خارجٌ عن ذات المنهي عنه بينما النهي عن الوصف اللازم ملازم للمنهي عنه ولا ينفك عنه فكان قياسا مع الفارق.

الترجيح:

بعد النظر في اقوال الفقهاء وادلتهم، يرى الباحث ان قول الحنفية في هذه المسألة هو الراجح من قول الجمهور وهو التفريق بين البيع الفاسد والبيع الباطل في المعاملات، وذلك لما ياتي:

1. قوة الادلة التي استدل بها الحنفية على ما ذهبوا إليه.
2. ورود بعض المسائل التي نهى عنها الشرع ومع ذلك فقد رتب عليها الشرع اثارا، كوقوع الطلاق في وقت الحيض، وثبوت العدة في المراة المدخول بها ولو كان هذا الدخول في وقت الحيض.

وكذلك فإن اثار البيع الفاسد تترتب عليه ولو كان هذا البيع منهيا عنه لبقاء اصل المشروعية.

الاثار المترتبه على قول الحنفيه بالتفريق في البيوع بين البيع الفاسد والبيع الباطل:

اولا: الاثار المترتبة على البيع الباطل:

1. لا ينعقد البيع الباطل[1].

---

[1] البابرتي، العناية شرح البداية، ج6، ص404.

2. لا يترتب على هذا البيع اي اثر من اثار عقود البيع وذلك لعدم انعقاده ابتداءً[1].

3. إذا قبض المشتري المبيع في هذا البيع فإن يد المشتري على المبيع يد امانة عند ابي حنيفة ويد ضمان عند الصاحبين وقد استدل ابو حنيفة على ما ذهب إليه بان البائع سلم المشتري المبيع بإذنه فصارت يد المشتري عليه يد امانة كالوديعة فإنها تقبض بإذن مالكها وكذلك المبيع في البيع الباطل يقبض بإذن مالكه.

واستدل الصاحبان على ان يد المشتري في البيع الباطل يد ضمان بان البائع لم يرض بقبض المشتري مجانا إلا بمقابل لذا فهذا المبيع مضمون على المشتري بالثمن[2].

4. العقد الباطل لا يمكن تصحيحه وذلك لانه لم ينعقد ابتداءَ عقد البيع فلابد من عقدٍ جديد[3].

ثانيا: الاثار المترتبه على البيع الفاسد:

1. ينعقد هذا النوع من البيوع وتترتب عليه اثاره بالقبض وذلك لان هذا البيع مع وجود النهي سببٌ ضعيف لا يقوى وحده على نقل الملك إلا بإضافة القبض إليه حتى ينعقد وتترتب عليه الملكية ولكن هذه الملكية ملكية خبيثة لورود النهي عن هذا البيع والملك المترتب عليه[4].

2. يد المشتري في البيع الفاسد على المبيع بعد قبضه يد ضمان وذلك لان المشتري تملك المبيع وقبضه بفعلٍ مخالف للشرع كالغصب فالغاصب يده على الشيء المغصوب يد ضمان لان السبب في قبض المغصوب غير مشروع وكذا في البيع الفاسد؛ فإن سبب التملك والقبض غير مشروع لورود النهي عن هذا النوع من البيوع[5].

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج6، ص404.

(2) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص23.

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق لشرح كنز الحقائق، ج4، ص361-362.

(4) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص23.

(5) المرجع نفسه، ج2، ص23.

لذا وجب على المشتري رد المبيع إلى البائع واسترداد التمن إن كان قد دفعه للبائع، فإذا ما استهلك المشتري المبيع وجب عليه قيمته يوم قبضه إن كان من ذوات القيم او متله إن كان المبيع متليا.

وسبب تبوت القيمة يوم القبض لان المبيع دخل في ضمان المشتري عند القبض فوجبت قيمته عند تبوت سببها وهو القبض[1].

3. لكل من العاقدين في البيع الفاسد فسخ العقد لإزالة الملكية الخبيتة المخالفة للشرع ورفعا للفساد الواقع في هذا العقد فإن تصرف المشتري في المبيع وجبت قيمته او متله كما ورد في الاتر السابق[2].
4. يمكن تصحيح العقد الفاسد وذلك بإزالة سبب الفساد منه فإذا ما ازيل سبب الفساد في العقد انقلب العقد صحيحا. كاتفاق البائع والمشتري على تسليم المبيع دون تحديد وقت معين لتسليم هذا المبيع تم اتفقا بعد ذلك على اجل معلوم فإن البيع ينقلب صحيحا بحذف سبب الفساد منه[3].

تبعيض الاحكام في البيع الفاسد:

ويمكن ان تستنتج من خلال الاتار المترتبة على البيع الفاسد تبعيض الاحكام في هذا النوع من البيوع الفاسدة على النحو الاتي:

1. يتمتل التبعيض في نقل المِلك ففي البيع الصحيح تنتقل الملكية مباشرة بعد الانتهاء من صيغة العقد بحيث يتملك البائع التمن ويتملك المشتري المبيع، اما في البيع الفاسد فإن الملك لا ينتقل مباشرة بالصيغة وحدها لضعف السبب الناقل للملك وهو البيع الفاسد فلا ينتقل الملك هنا إلا بما يقويه وهو اقترانه بالقبض[4].

---

(1) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص459-460. المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج6، ص462.

(2) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص23.

(3) المصدر نفسه، ج2، ص26.

(4) المصدر نفسه، ج2، ص23.

2. ان الملك في البيع الصحيح مِلكَ مشروعَ بينما الملك في البيع الفاسد ملك خبيث؛ لان سببه مخالف للشرع فقد ورد نهي عن تعاطي هذا السبب كالنهي عن الربا وبيع الغرر وبيع المزابنه[1] ، والمحاقلة[2]، وغيرها من البيوع الفاسدة.

ولما كان هذا الملك خبيثا كان البيع الفاسد غير لازم ووجب على العاقدين فسخه لإزالة هذا الملك الخبيث المخالف للشرع، بينما الملك في البيع الصحيح مشروع والعقد لازم لا ينفسخ إلا بتراضي العاقدين على ذلك وهو ما نسميه بالإقالة.

4. 2 تبعيض الاحكام في الإجارة الفاسدة:

4. 2. 1 تعريف الإجارة:

الإجارة في اللغة: من الفعل الثلاثي اجر ياجِرَ اجرا، وهو ما يعطى من اجر في عمل، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [3]، وقوله: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [4]. والاجرة الكراء فنقول اجرته الدار اي اكريتها[5].

وفي الاصطلاح: تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة[6].

4. 2. 2 مشروعيه الإجارة:

وقد دل على مشروعيتها القران الكريم والسنة النبوية والإجماع والمعقول.

---

(1) المزابنة: هي بيع التمر على رؤوس النخل بمثل كيله من التمر خرصا، لا يَدرى ايهما اكثر. انظر: المرغيناني، الهداية، ج6، ص415.

(2) المحاقلة: هي بيع الحب في سنبله بمثل كيله من الحنطة خرصا، لا يَدرى ايهما اكثر. انظر: البابرتي، شرح العناية على الهداية، ج6، ص415.

(3) سورة الاحزاب، اية 50.

(4) سورة النساء، اية 24.

(5) ابن منظور، لسان العرب، باب الراء، فصل الهمزة والجيم. انيس، المعجم الوسيط، مادة (اجر).

(6) الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج6، ص77.

اولا: من القران الكريم:

1 -قوله تعالى:﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ (1).

وهذه الاية واضحة الدلالة على جواز الإجارة فلو لم تكن جائزة لما جاز لسيدنا موسى عليه السلام ان يعمل اجيرا.

2 -قوله تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾ (2).

حكاية عن سيدنا موسى للخضر عليهما الصلاة والسلام، ودلالة الاية على جواز الإجارة واضحة ايضا، إذ لو لم تكن جائزة لما جاز لموسى عليه الصلاة والسلام ان يطالب الخضر عليه السلام اخذ اجرة لقاء إقامته الجدار.

3 -قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (3).

وجه الدلالة من الاية: ان الله سبحانه وتعالى امر الازواج إعطاء الزوجات الاجرة مقابل الرضاعة، فلو لم تكن الإجارة جائزة لما امرهم الله بذلك.

ثانيا: من السنه النبويه:

1. ما اخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها: "استاجر النبي -صلى الله عليه وسلم- وابو بكر رضي الله تعالى عنه وارضاه رجلا من بني الديل، من بني عبد بن عدي، هاديا خريتا" (4) (5).

وجه الدلالة من الحديث: ان النبي -صلى الله عليه وسلم- وصاحبه ابو بكر رضي الله عنه استاجرا رجلا في الهجرة ليدلهما على الطريق، فدل فعل النبي صلى الله عليه وسلم على مشروعية الإجارة.

2. ما اخرجه البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي-صلى الله عليه وسلم- قال:"قال الله تعالى: ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة:رجل اعطى بي ثم غدر،

---

(1) سورة القصص، اية 27.

(2) سورة الكهف، اية 77.

(3) سورة الطلاق، اية 6.

(4) خريتا: اي حاذق ماهر فيه، انظر انيس، المعجم الوسيط، مادة (خرت)، ص247.

(5) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب إذا استاجر اجيرا ليعمل له بعد ثلاثة ايام او بعد شهر او بعد سنة جاز، حديث رقم 2145.



ورجل باع حرا فاكل ثمنه، ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره"[1].

وجه الدلالة من الحديث: ان الله سبحانه وتعالى توعّد من لم يعطِ اجرة الاجير فلو لم تكن الإجارة جائزة لما اثبت الله -سبحانه وتعالى- حق الاجير في استحقاقه للاجرة بدليل ان الله سبحانه وتعالى يعاقب المؤجر على حرمان الاجير من حقه في الاجرة بعذاب يوم القيامة.

3. ما اخرجه مسلم بسنده عن ثابت –رضي الله عنه-: ان رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "نهى عن المزارعة وامر بالمؤاجرة"[2]. ودلالة الحديث واضحة على جواز الإجارة بدليل ان النبي -صلى الله عليه وسلم- امر بمؤاجرة الارض وامره -صلى الله عليه وسلم- بالإجارة دليل على المشروعية.

ثالثا: من الإجماع: انعقد إجماع اهل العلم على جواز الإجارة وقد ورد عن عبد الرحمن بن الاصم[3]، المنع منها إلا ان الإجماع على مشروعيتها انعقد عند الامة من زمن الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم فلا يؤخذ بقوله إذ هو مخالف للإجماع[4].

رابعا: من المعقول: إن عقد الإجارة من العقود المهمة في حياة الإنسان، فلا يوجد احد يستغني عنه، فالفقير بحاجة إلى مال الغني، والغني بحاجة إلى يد الفقير، فيعمل الفقير عند الغني فتحقق مصالح كل منهما بهذه الإجارة بحيث ياخذ الفقير اجرة على عمله، وتتحقق للغني المنفعة التي يتوخاها من عمل الاجير.

---

(1) البخاري، صحيح البخاري،كتاب الإجارة،باب إثم من منع اجر الاجير،حديث رقم 2150.

(2) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب المزارعة والمؤاجرة، حديث رقم 1549.

(3) عبد الرحمن بن كيسان، ابو بكر الاصم، فقيه معتزلي مفسر، قال ابن المرتضى كان من افصح الناس وافقههم واورعهم، خلا انه كان يخطىء عليا رضي الله عنه، في كثير من افعاله ويصوّب معاوية في بعض افعاله، وله تفسير وَصِف بانه عجيب ومقالات في الاصول ومناظرات مع ابن الهذيل العلاف. انظر: الزركلي، الاعلام، ج3، ص323.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص1. ابن قدامة، المغني، ج5، ص261. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص332. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص281.

والناس متفاوتون في مستوى المعيشة، فمنهم من لا يستطيع امــتلاك منــزل يسكن فيه، رغم حاجته إليه، ولكنه لا يملك تمنه، ومنهم مــن يحتــاج إلــى ارض لاستغلالها والاستفادة منها، ولكنه لا يستطيع شراءها لعدم توفر تمنها لديه، ومــنهم من يحتاج إلى وسيلة نقل فلا يستطيع شراءها او حيازتها، إذن فمن الــذي يمكــن هؤلاء من الحصول على ما يحتاجون إليه بعد الله عز وجل إلا عقد الإجارة؟، فلو لم يكن عقد الإجارة جائزا، لادى ذلك إلى تعطيل كتير من مصالح الناس، وهذا لا يتسم مع مقاصد الشريعة الإسلامية[1].

4. 2. 3 الإجارة الصحيحه والإجارة الفاسدة والاتار المترتبه عليهما:

فرّق الحنفية بين الإجارة الباطلة والإجارة الفاسدة، كما فرّقوا في البيع بــين البيع الفاسد والبيع الباطل، فإذا كان النهي عن شرط من شرائط الانعقاد فإن الإجارة باطلة، كان تكون المنفعة غير متقومة اصلا كالإجارة على المعاصي متل الإجــارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل[2].

اما إذا كان الخلل في شرائط صحة الإجارة؛ فإن الإجارة تكون فاسدة، وهناك امور تفسد عقد الإجارة عند الحنفية ومنها الاتي:

1. الغرر: ومن الامتلة عليه ما ياتي:

ا. كمن استاجر دارا كل شهر بمائة دينــار دون ان يحــدد مــدة انتفاعــه بالــدار المستاجرة وفي هذا المتال الإجارة فاسدة للجهالة، حيث كانــت مــدة الإجــارة مجهولة فلا يعلمان مدة عقد الإجارة[3].

ب. كمن استاجر حفارا ليحفر له بئرا في داره ولم يَسمِ له موضعا ولم يصفها.

وفي هذا المتال ايضا الإجارة فاسدة، فالمعقود عليه مجهول وهو مكان حفــر البئر حيث لم يحدده المؤجر، والحفر يختلف باختلاف المكان في السهولة والصلابة

---

(1) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص58.

(2) السرخسي، المبسوط، ج16، ص37-38.

(3) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص93.

والرخاوة والصعوبة[1].

2. الشرط الفاسد: قسّم الحنفية الشروط في عقد البيع والإجارة إلى ثلاثة اقسام:

ا. شرط يقتضيه العقد او يلائمه فالشرط صحيح والعقد صحيح[2].

كان يشترط المستاجر على المؤجر تسليم العين المستاجره، فهذا الشرط يقتضيه العقد ابتداءً دون حاجة إلى اشتراطه[3].

ب. شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه ضرر باحد العاقدين او منفعة لطرف ثالث خارج عنهما.

مثل(1): كان يشترط المؤجر على المستاجر عدم استخدام العين المستاجرة، وهذا ضرر بالمستاجر لان العمل بالشرط يؤدي إلى عدم قدرته على الانتفاع بالعين المستاجرة.

مثل (2): كان يشترط المستاجر على المؤجر ان يقرض شخصا معينا خارجا عن العقد مبلغا من النقود ففي هذا الشرط منفعة لطرف خارج عن المتعاقدين وحكم هذا الشرط عند الحنفية هو بطلان الشرط مع بقاء العقد صحيحا.

ج. شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد العاقدين كان يشترط المؤجر على المستاجر ان يبيعه شيئا مقابل ان يؤاجره العين المستاجرة ففيه ضرر بالمستاجر لاستغلال حاجته إلى العين المستاجرة وإرغامه على بيع شيءٍ لا يريد بيعه ابتداءَ.

فهذا الشرط فاسدَ ويَفسد عقد الإجارة، وهذا النوع الاخير من الشروط هو الذي يقصده الحنفية عند حديثهم عن شروط صحة العقد بخلوه عن الشروط الفاسدة، فإذا ما وجد هذا النوع من الشروط في عقد البيع او الإجارة فإن العقد يكون فاسدا[4].

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج16، ص47.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4، ص389.

(3) المرجع نفسه، ج4، ص389.

(4) الموصلي، الاختيار، ج2، ص54. قاضي زاده، نتائج الافكار، ج9، ص91.

3. الإكراه: وهو اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته[1].

ومثاله: ان يجبر رجل اخر على إجارة بيته او سيارته بتهديده بالقتل او الضرب الشديد؛ فيفسد العقد ثم يخيّر المكره بعد زوال الإكراه بين إمضاء العقد وفسخه[2].

الاثار المترتبه على الإجارة الصحيحه والإجارة الفاسدة:

اولا: الاثار المترتبة على الإجارة الصحيحة:

ا. الإجارة الصحيحة منعقدة فلا يصح فسخها إلا برضا الطرفين، لان الإجارة عقد لازم.

ب. ثبوت ملكية منفعة العين المستاجرة للمستاجر بعقد الإجارة.

ج. ثبوت ملكية الإجارة للمؤجر.

د. وجوب تسليم العين المستاجره من قبل المؤجر إلى المستاجر.

ثانيا: الاثار المترتبة على الإجارة الفاسدة:

1. وجوب الفسخ مراعاة لحق الشرع كما في البيع الفاسد[3].

2. يجب فيها اجرة المثل بحيث لا تزيد عن الاجرة المسماه في العقد الفاسد عند الحنفية[4]، وذهب جمهور الفقهاء من المالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]، وزفر من الحنفية[8] إلى انه يجب في الإجارة الفاسدة اجرة المثل بالغة ما بلغت، واستدل الحنفية على قولهم بما ياتي: ان المنافع اموال غير متقومةٍ ابتداءَ، وإنما

---

(1) قاضي زاده، نتائج الافكار، ج9، ص232.

(2) الموصلي، الاختيار، ج2، ص114.

(3) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج9، ص91.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، ص110.

(5) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص301.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص358.

(7) البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص55.

(8) البابرتي، العناية شرح الهداية، ج9، ص92.

تقومت المنافع للضرورة بالعقد، والضرورة تقدر بقدرها وتندفع هذه الضرورة بما ورد في العقد الفاسد الذي تراضيا عليه؛ فيكون ذلك إسقاطا لما زاد عن المسمى في العقد الفاسد[1].

واستدل الجمهور على قولهم بما ياتي: إنّ المنافع اموال متقومة فيلزم دفع اجرة المثل بالغة ما بلغت كالاعيان في عقد البيع، والجامع بين الإجارة والبيع انّ محل العقد في كل منهما مال متقوم، ولما وجب في البيع القيمة بالغة ما بلغت فكذا في الإجارة الفاسدة يجب اجرة المثل بالغة ما بلغت[2].

مناقشه الادله:

اولا: مناقشة ادلة الحنفية:

اما قولهم بان المنافع غير متقومة إلا بالعقد للضرورة فغير صحيح؛ لانّ المنفعة مال متقوم كالاعيان، فالعين ابتداءً لا تعد مالا متقوما إلا إذا كانت منتفعا بها، وعليه فإن المنفعة بذاتها مال متقوم.

ثانيا: مناقشة ادلة الجمهور:

إنّ المنافع بذاتها ليست اموالا متقومة كالاعيان ولا تتقوم إلا بالعقد فقياسهم على البيع قياس مع الفارق باعتبار ان الاعيان اموال متقومة بذاتها بينما المنافع اموال غير متقومة حتى يجري عليها عقد للضرورة[3].

الترجيح:

بعد النظر في اقوال العلماء وادلتهم في المسالة يرى الباحث ان الراجح هو قول الجمهور وهو ان اجرة المثل في الإجارة الفاسدة تجب بالغة ما بلغت سواء اكانت اقل او اكثر من المسمى في العقد الفاسد، وذلك لان المنافع اصل في اعتبار الاعيان اموالا متقومة، فالاعيان تعد اموالا متقومة إذا امكن الانتفاع بها، اما الاعيان

---

(1) قاضي زاده، نتائج الافكار، ج9، ص93.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص358، القرافي، الذخيرة، ج5، ص59، ابن قدامه، المغني، ج5، ص333.

(3) الموصلي، الاختيار، ج2، ص60.

التي تنتفع بها باي وجه من الوجوه فلا تعد مالا؛ فإذا كانت المنافع سببا في جعل الاعيان المنتفع اموالا متقومة فمن باب اولى اعتبار المنفعة بذاتها مالا متقوما.

فإذا تبت ان المنافع بذاتها اموال متقومة وجب في عقد الإجارة الفاسدة اجر المتل بالغا ما بلغ كالمتلفات من الاعيان؛ فإنه تجب قيمة الاعيان المتلفة بالغة ما بلغت فكذا اجرة المتل في عقد الإجارة الفاسدة تجب بالغة ما بلغت باعتبار ان كلا من الاعيان والمنافع مال متقوم.

4. 2. 4 التبعيض في احكام الإجارة الفاسدة:

1. يتبت في عقد الإجارة الصحيحة لزوم عقد الإجارة ويمكن للعاقدين التراضي على فسخ عقد الإجارة، وهو ما يسمى بالإقالة، بينما التابت في عقد الإجارة الفاسدة هو الفسخ فقط، لان هذا العقد قد خالف الشرع بعدم توافر احد شرائط صحة عقد الإجارة، وهذا يتبت حكم التبعيض في الإجارة الفاسدة حيث ان ما يترتب عليها هو حكم واحد وهو فسخ العقد في حين ان التابت في الإجارة الصحيحة حكمان، الاول: هو لزوم عقد الإجارة الصحيحة، والتاني: حق المتعاقدين في فسخ العقد (الإقالة).
2. الواجب في الإجارة الصحيحة هو الاجر المسمى بينما الواجب في الإجارة الفاسدة هو اجر المتل، وعند الحنفية ان اجر المتل هو جزء (بعض) من الاجر المسمى في العقد الفاسد. وفي احسن احواله يساوي اجر المتل الاجر المسمى في العقد. وهذا يعني ان اجر المتل على وجه العموم عند الحنفية بعضٌ من الاجر المسمى في العقد وفي احسن احواله يساوي الاجر المسمى.

وهكذا نجد ان احكام الإجارة الفاسدة بعضٌ من احكام الإجارة الصحيحة، حيث تبت في الإجارة الصحيحة حكمان من حيث اللزوم في العقد وحق الفسخ (الإقالة) بينما التابت في عقد الإجارة الفاسدة حكم واحد وهو الفسخ كما ان الاجر المترتب على الإجارة الفاسدة وهو اجر المتل عند الحنفية هو بعض الاجر المسمى في الإجارة الصحيحة، وفي احسن احواله يساوي اجر المتل الاجر المسمى.

4. 3 تبعيض الاحكام في النكاح الفاسد:

4. 3. 1 تعريف النكاح:

النكاح في اللغة: من الفعل الثلاثي نكح، ينكح، نكاحا، وهو الوطء، وياتي بمعنى العقد.

وياتي النكاح بمعنى الضم فتقول: تناكحت الاشجار اي انضم بعضها إلى بعض. وياتي بمعنى الاختلاط من نكح المطر الارض إذا اختلط بتراها[1].

وفي الاصطلاح: هو عقد بين رجل وامراة تحل له شرعا لتكوين اسرة وإيجاد نسل بينهما[2].

4. 3. 2 مشروعيه النكاح:

ويدل على مشروعيته القران الكريم والسنة النبوية والإجماع.

اولا: من القران الكريم:

قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[4].

وجه الدلالة من الايتين السابقتين: ان الله سبحانه وتعالى امر بالنكاح وحث عليه فلو لم يكن مشروعا لما امر الله عز وجل به فامره دليل على مشروعيته.

ثانيا: من السنة النبوية:

1. ما اخرجه البخاري عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه اغض للبصر واحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[5].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، باب الحاء، فصل النون والكاف.

(2) المادة (2) من قانون الاحوال الشخصية الاردني لعام 1976م.

(3) سورة النساء، اية 3.

(4) سورة النور، اية 32.

(5) البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، حديث رقم 5066.

وجه الدلالة من الحديث: ان النبي -صلى الله عليه وسلم- رغب الشباب في الزواج وامر من يستطيع منهم بالمبادرة إلى الزواج وامره -صلى الله عليه وسلم- دليل على مشروعية الزواج.

ثالثا: من الإجماع: اجمع المسلمون بلا خلاف على مشروعية الزواج[1].

ثالثا: من المعقول:

تتجلى حكمة مشروعية النكاح فيما ياتي:

1. المحافظة على النوع الإنساني.
2. إيجاد الاستقرار النفسي للزوجين مصداقا لقوله تعالى:﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾ [2].

وجه الدلالة من الاية: ان الله -سبحانه وتعالى- شرع النكاح لتحقيق مقصد من مقاصد هذا النكاح وهو حصول السكن لكل من الزوجين من خلال استقرار الحياة الزوجية والبعد عن اضطراب حياة العزوبة والاختلاط غير المشروع.

3. تربية الاولاد تربية صالحة ضمن بوتقة الاسرة والتي بنيت ابتداءَ على زوجين صالحين ويترتب على هذه البنية الصالحة اولاد صالحين كثمرة لهذه الاسرة.
4. توجيه غرائز الإنسان الفطرية الجنسية الوجهة الصحيحة بوسيلة مشروعة وهي النكاح بدلا من وقوع الإنسان في الفاحشة عملا بقوله -صلى الله عليه وسلم-:"**يا** معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه اغض للبصر واحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[3].

وجه الدلالة من الحديث: ان النبي -صلى الله عليه وسلم- بيّن ان الحكمة من مشروعية النكاح هو تحصين الفرد من الوقوع في المحرمات كالنظر غير المشروع والزنا.

---

(1) ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات، ص72.

(2) سورة الروم، اية 21.

(3) سبق تخريجه، ص78.

4. 3. 3 التفريق بين النكاح الباطل والنكاح الفاسد:

لم يفرَق الفقهاء بين مصطلح النكاح الفاسد والنكاح الباطل وذلك لان الخلل في النكاح سواءَ اكان في شرائط الإنعقاد ام في شرائط الصحة فإن عقد النكاح لا يترتب عليه اثره الرئيس وهو حل الاستمتاع بين الزوجين.

وهذا الحكم عند جمهور الفقهاء وهم المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3]، وعند متقدمي الحنفية[4]؛ لان الشرع قد نفى اصل مشروعية النكاح إذا وجد فيه خلل في شرائط انعقاده او شرائط صحته لما اخرجه ابن ماجه والبيهقي، ان النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[5].

ووجه الدلالة من الحديث: ان النبي-صلى الله عليه وسلم- نفى اصل مشروعية النكاح حيث ان حرف (لا) هنا يدل على النفي اي ان الرسول-صلى الله عليه وسلم-نفى اصل مشروعية النكاح مع ان الخلل فيه هو شرط صحة من شرائط العقد، وهو عدم توافر الولي او الشهود، قال ابن الهمام: قوله فالنكاح باطل وذكر الفاسد -اي المرغيناني- فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح[6]، ولكنَ متاخري

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص4 وما بعدها.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص141-142.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص50 وما بعدها.

(4) السرخسي، المبسوط، ج4، ص201.

(5) ابن ماجه، سنن بن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880. ابن حبان، صحيح بن حبان، كتاب الحج باب الهدى ذكر نفي اجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل، حديث رقم 4151. الدراقطني، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 3071.

وفي إسناده عبد الله بن محرر وهو متروك، ورواه الشافعي عن الحسن مرسلا. انظر: ابن حجر العسقلاني، احمد بن علي، تلخيص الحبير في تخريج احاديث الرافعي الكبير، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ، ط3، ص341. الغماري، احمد بن محمد، الهداية في تخريج احاديث البداية، تحقيق: علي الطويل، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407هـ، ج6، ص377 وما بعدها.

(6) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، ص243.

الحنفية فرّقوا بين مصطلح النكاح الفاسد والنكاح الباطل فقالوا: إنّ النكاح الباطل هو النكاح المتفق على بطلانه وفقد شرطا من شروط انعقاده، بينما النكاح الفاسد هو غير المتفق على بطلانه او وجد فيه شبهة عقد وفقد شرطا من شروط صحته[1]؛ وذلك لان النكاح الفاسد يترتب عليه بعض الاثار بالدخول في حين ان النكاح الباطل لا يترتب عليه اثر سواءَ احصل الدخول ام لم يحصل.

4. 3. 4 الاثار المترتبه على النكاح الباطل والاثار المترتبه على النكاح الفاسد:

إن عقد النكاح الباطل لا يَعتبر شرعا فليس له وجود شرعي وما كان كذلك فإنه لا يترتب عليه اثر من اثار العقد الصحيح، فلا يترتب على هذا النكاح مهر ولا نفقة ولا تجب به عدة ولا يقع به طلاقا ولا يثبت به توارث بين الطرفين كما لا تثبت به حرمة المصاهرة، عند المالكية[2]، والشافعية[3]، دون الحنفية[4]والحنابلة[5]؛ فإن حرمة المصاهرة تثبت عندهم بالزنا، كما لا يثبت به نسب والدخول فيه حرام وهو زنا يجب فيه الحد[6].

اما عقد النكاح الفاسد فيختلف حكمه بحسب الدخول وعدمه على النحو الاتي:

1. إن كان قبل الدخول فإنه لا فرق بينه وبين الباطل وعليه فلا يترتب عليه اثر لانه عقد مخالف للشرع[7].

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص274 وما يأتيها. وانظر: الدريني، بحوث مقارنة، ج1، ص337.

(2) ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار، ج7، ص118.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص175.

(4) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، ص102.

(5) ابن قدامة، المغني، ج6، ص404.

(6) الموصلي، الاختيار، ج3، ص102. ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص274-275. مالك، المدونة، ج2، ص153.

(7) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص330.

2. وإن كان بعد الدخول؛ فتترتب عليه الاثار الاتيه[1]:

ا. التفريق بين الزوجين في هذا النكاح الفاسد.

ب. ثبوت العدة على الزوجة.

ج. يثبت فيه النسب.

د. تثبت به حرمة المصاهرة فلا يحل للرجل ان يتزوج بإحدى اصول الزوجة او فروعها.

هـ. ثبوت الاقل من المهر المسمى او مهر المثل إن سمى لها مهرا فإن لم يسم لها مهرا فلها مهر المثل بالغا ما بلغ.

و. سقوط الحد عن العاقدين بالشبهة.

4. 3. 5 تبعيض الاحكام الشرعيه في النكاح الفاسد:

من خلال الاثار المترتبة على النكاح الفاسد نجد ان احكام هذا النكاح هي بعض من احكام النكاح الصحيح فيترتب على النكاح الصحيح عند الفقهاء الاحكام الاتية[2]:

1. حل استمتاع كل من الزوجين بالاخر على الوجه الماذون فيه شرعا ما لم يمنع منه مانع شرعي كحيض او نفاس.
2. وجوب المهر المسمى في العقد للزوجة[3]، إذا دخل بها او مات قبل الدخول ووجوب نصفه إذا طلقها قبل ان يدخل بها.
3. ثبوت النفقة للزوجة.
4. ثبوت حرمة المصاهرة بين الزوجين، فتحرم على الزوج اصول الزوجة وفروعها إذا دخل بها ويحرم على الزوجة اصول الزوج وفروعه.

---

(1) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج1، ص330-331. ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص275-277. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص175. الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص651-652.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص331.

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 175-181.

5. ثبوت نسب الاولاد للزوجين.

ونجد ان الاحكام المترتبة على النكاح الفاسد بعد الدخول هي بعض من الاحكام المترتبة على النكاح الصحيح ومن هذه الاحكام:العدة، النسب، حرمة المصاهرة، بينما لا تترتب الاحكام الاتية على النكاح الفاسد في حين انها بعض من الاحكام المترتبة على النكاح الصحيح وهي:

1. التوارث بين الزوجين.
2. النفقة.
3. المهر المسمى.
4. الحل بين الزوجين.

وعليه يتضح لنا ان ما يترتب على النكاح الفاسد من احكام هي بعض من احكام النكاح الصحيح وهي:

1. النسب للاولاد في هذا النكاح.
2. العدة بعد فسخ النكاح.
3. حرمة المصاهرة بين الطرفين.

4. 4 تبعيض الاحكام في بيع الوفاء:

4. 4. 1 تعريف بيع الوفاء:

بيع الوفاء في الفقه: من وفى يفي وفاء والوفاء ضد الغدر[1]، يقال وفى بعهده واوفى اي اتمه وانجزه، كما في قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَ اللَّهَ عِنْدَهُ فَوَفَّاهُ حِسَابَهُ﴾[2]، والوفيّ الشرف من الارض، والوفاء يطلق على الخلق الشريف[3].

وفي الاصطلاح:

---

(1) الفيروز ابادي، القاموس المحيط، كتاب الالف، فصل الواو والفاء. ابن منظور، لسان العرب، باب الالف، فصل الواو والفاء.

(2) سورة النور، اية 39.

(3) انيس، المعجم الوسيط، مادة (وفى).



هو البيع الذي يشترط فيه البائع وقت انعقاده او قبله او بعده الاحتفاظ بخياره في استرداد المبيع خلال مدة معينة او حتى يرد التمن إلى المشتري[1].

4. 4. 2 المصطلحات التي تطلق على بيع الوفاء:

اختلفت المصطلحات التي اطلقها الفقهاء على بيع الوفاء على النحو الاتي:

اولا: في المذهب الحنفي: وقد اطلقت عليه عدة مصطلحات ومنها:

1. بيع الوفاء، وسبب إطلاق هذا المصطلح عليه، وذلك لما يتضمنه من العهد بالوفاء من المشتري برد المبيع متى رد عليه البائع التمن[2].
2. البيع الجائز: واطلق عليه هذا المصطلح بناءَ على انه بيع صحيح حيث الحاجة داعية إليه وهو سبب للتخلص من الربا لحاجة الناس إليه[3].
3. بيع المعاملة: واطلق عليه هذا المصطلح بناءَ على ان المعاملة ربح الدين وهذا المبيع يشتريه الدائن لينتفع به في مقابلة دينه[4].
4. بيع الطاعة او الامانة: وذلك لان الدائن يامر المدين ببيع داره متلا مقابل الدين الذي عليه فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد[5].

تانيا: المصطلحات التي اطلقت عليه في بقية المذاهب:

1. الرهن المعاد: واطلق عليه هذا المصطلح في المذهب الشافعي[6].
2. بيع العهدة او العدة: واطلق عليه هذا المصطلح عند متاخري الشافعية[7].

---

(1) العبري، سعيد بن عبدالله بن محمد، بيع الوفاء واحكامه في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الاردنية، ص20.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص545.

(3) ابن البزاز، الفتاوى البزازية، ج4، ص406-407.

(4) ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص545.

(5) المرجع نفسه، ج7، ص545-546.

(6) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص92. ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص545. ابن البزاز، الفتاوي البزازية، ج4، ص407.

(7) الهيتمي، الفتاوى الكبرى، ج2، ص153.

3. بيع الرجاء: وهو ما اطلق عليه عند الزيدية[1].

4. بيع وإقالة: واطلق عليه هذا المصطلح في المذهب المالكي ايضا[2].

4. 4. 3 صورة بيع الوفاء:

وتتمثل صورة بيع الوفاء ان يتبايع العاقدان في عقد بيع ويشترط في هذا العقد انه متى ردّ المشتري المبيع فإنّ البائع يردّ له الثمن، فهذا البيع يحقق مصلحة كلّ من العاقدين؛ وذلك لحاجة البائع إلى المال وحاجة المشتري إلى الانتفاع بالمبيع خلال مدّة التعاقد.

اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي لعقد بيع الوفاء وذلك على النحو الاتي:

القول الاول: إنه عقد جديد، مكوّن من رهن وبيع صحيح.

ووجه كونه رهنا، انّ المشتري يكون ضامنا له إن هلك عنده، والبائع يستردّه عند قضاء ما عليه من دين إن كان باقيا.

امّا وجه كونه بيعا صحيحا، فإنّ المشتري له حق التصرف فيه والانتفاع به سكنى وزراعة وإيجارا[3].

واستدلوا بما ياتي:

1. استدلوا ببعض القواعد الفقهية ومنها:

ا. "إذا ضاق الامر اتسع"[4].

وجه الدلالة من القاعدة: الناس ضاق عليهم امر معاشهم، وهم محتاجون إلى من يقرضهم ويمد يد العون لهم، ولكنهم لم يجدوا إلا العقود الربوية، فاضطروا إلى بيع اشجارهم وبساتينهم بيع وفاء إلى ان تزول عنهم هذه الضائقة فيستردوها من مشتريها.

---

(1) العنسي، التاج المذهب لاحكام المذهب، ج2، ص360.

(2) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ص65-66.

(3) ابن البزاز، الفتاوى البزازية، ج4، ص407-408.

(4) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص103.

ب. "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"[1].

وجه الدلالة من هذه القاعدة: ان الناس يحتاجون إلى بيع اموالهم بيــع وفــاء والحاجة تنزل منزلة الضرورة، فإذا كان محظورا فالضرورات تبيح المحظــورات، فإذا زالت الحاجة عاد الحكم إلى منعهم من ذلك، لان الضرورة تقدر بقدرها.

2. استدلوا بالقياس:

فقاسوا عقد بيع الوفاء على العقود الاخرى كعقد الهبة، ووجه القياس انّ الهبة تمليك العين والمنفعة وكذا بيع الوفاء تمليك للعين والمنفعة فيلحق بها فــي الحكــم فيكون بيع الوفاء جائزا كالهبة.

3. الحاجة داعية إلى بيع الوفاء، فالناس محتاجون إليه في معاملاتهم، فمن النـــاس من لا يجد ما يصرف به على اولاده فيلجا إلى بيع الوفاء لحاجته إلى المال.

وبحسب هذا التكييف لعقد بيع الوفاء يكون حكمه جائزا.

القول الثاني: إنه بيع جائز وغير لازم.

واستدلوا بما ياتي:

1. امّا كون هذا العقد جائزا، فلخلوه عن المفسد وهو ذكر الاســترداد فــي قالــب الشرط، وامّا عدم لزومه فللزومه الوفاء بالوعد[2].

2. إن حاجة الناس تدعو إلى جوازه حيث كثر الدين على اهــل بخــارى وهكــذا بمصر[3].

3. إن هذا العقد من باب خيار النقد[4]، وهو احد صوره، بناءَ على ان خيار النقــد يجوز لاكثر من ثلاثة ايام[5].

---

(1) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص91-92.

(2) بيرم، الوفاء فيما يتعلق ببيع الوفاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1412هـ-1992م، ع7، ج3، ص155.

(3) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص92.

(4) خيار النقد: هو حق البائع في فسخ العقد إذا لم يدفع المشتري الثمن خلال المدة المتفــق عليها بينهما. انظر: الزرقا، العقود المسماه في الفقه الإسلامي (عقد البيع)، ص109.

(5) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص8.

وبحسب هذا التكييف لعقد بيع الوفاء يكون حكمه الجواز ايضا، ولكن يحق لاي من طرفيه فسخه دون موافقة الطرف الاخر.

وبحسب هذا التكييف يكون عقد بيع الوفاء جائزا.

القول الثالث: اجيز في صورة واحدة وهي ان تكون المواطاة قبل العقد ثم يعقدان العقد دون ذكر شرط[1].

والبيع في هذه الصورة صحيح لما يأتي:

1. لانه خلا من شرط فاسد.
2. يجب الوفاء بالوعد السابق على العقد.

وعلى هذا التكييف يكون عقد بيع الوفاء جائزا.

القول الرابع: انه بيع صحيح مقترن بخيار الشرط[2]، ويستدل لاصحاب هذا القول بما يأتي[3]:

1. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[4].

وجه الدلالة من الاية: إنّ الله -سبحانه وتعالى- في هذه الاية الكريمة امر بالوفاء بالعقود[5]، وبيع الخيار لا يخرج عن هذه العقود، فهو داخل تحت هذا العموم.

2. ما اخرجه البخاري عن ابي هريرة -رضي الله عنه- ان النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لا تصرّوا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد ان يحلبها إن شاء امسك وإن شاء ردّها، وصاعا من التمر" وفي رواية صاعا من طعام وهو بالخيار ثلاثة ايام[6].

---

(1) الهيتمي، الفتاوى الكبرى، ج2، ص157.

(2) الطوسي، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، ص273.

(3) العبري،بيع الوفاء، ص51.

(4) سورة المائدة، ايه1.

(5) القرطبي، الجامع لاحكام القران الكريم، ج6، ص23.

(6) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع باب النهي للبائع ان لا يحفل الابل والبقر والغنم، حديث رقم2064.

وجه الدلالة من الحديث: إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لمن اشترى الشاة المصرّاة بين الإمساك او الردّ، فدلّ ذلك على جواز بيع الخيار.

القول الخامس: إنه بيع باطل قياسا على بيع الهازل[1]؛ وذلك لعدم وجود إرادة حقيقية في كلّ من بيع الهازل وبيع الوفاء في تملك السلعة على وجه التابيد فياخذ بيع الوفاء حكم بيع الهازل وهو البطلان.

وبحسب هذا التكييف يكون عقد بيع الوفاء باطلا، فلا يترتب عليه اي اثر من اثار عقد البيع لعدم انعقاده.

القول السادس: ان هذا العقد هو رهن في الحقيقة، فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به، وما اكل من زوائده يضمنه المشتري للبائع ويرده إليه عند قضاء الدّين،ولو استاجره البائع لا يلزمه اجرته كالراهن إذا استاجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه[2].

واستدلوا بما يأتي:

1. انه لما شرط عليه اخذ المبيع عند قضاء الدين صار بمعنى الرهن.
2. التطابق بين الوفاء والرهن من وجوهٍ عدة:

ا. عدم ملكية المشتري لعين المبيع.

ب. عدم جواز تصرف كل من الطرفين البائع والمشتري في عين المبيع تصرف الملاك في املاكهم من بيع واستهلاك ورهن ونحوه مما يقطع إمكان التراد.

ج. إذا هلك المبيع بالوفاء عند المشتري قضاءَ وقدرا دون تعدَ منه ولا تقصير كان ضامنا له ضمان الرّهن.

د. للمشتري حق احتباس المبيع لاستيفاء التمن كحق المرتهن في حبس المرهون.

هـ. العقار المبيع لا يؤخذ من مشتريه بالشفعة كما لا يؤخذ المرهون بها لان المشتري لا يملك رقبة المبيع بل منافعه فقط.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص184.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص292. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص183. ابن البزاز، الفتاوى البزازية، ج4، ص407.

و. إذا احتاج المبيع بالوفاء إلى صيانة فنفقة ذلك على البائع[1].

وبحسب هذا التكييف يكون عقد بيع الوفاء فاسدا وذلك لانتفاع المرتهن بالعين المرهونة وهذا قرض جرّ نفعا فهو ربا.

القول السابع: انه بيع صحيح فياخذ حكم البيع الصحيح ولا عبرة بالشرط الذي اتى قبله او بعده[2]. واستدلوا **بما يأتي**:

إن العاقدين تلفظا بلفظ البيع بلا ذكر شرط فيه، والعبرة للملفوظ لا المقصود، قياسا على من تزوج امراة بنية ان يطلقها بعد ما جامعها فإنه يصح العقد.

وبحسب هذا القول ان عقد بيع الوفاء جائز.

القول الثامن: انه بيع فاسد[3].

واستدلوا **بما يأتي**:

1. انه بيع بشرط لا يقتضيه العقد؛ وذلك لان مقتضى البيع هو تمليك العين على وجه التابيد، وفي بيع الوفاء التمليك يكون على التافيت، فكان شرطا مخالفا لمقتضى عقد البيع[4].
2. لان الرسول -صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع وشرط[5].

فعقد بيع الوفاء بيع بشرط ردّ المبيع متى ردّ البائع الثمن فيدخل تحت النهي عن بيع وشرط، وبحسب هذا القول يكون عقد بيع الوفاء فاسدا.

القول التاسع: وقد خرجت مجلة الاحكام العدلية بتكييف جديد غير التكييف الذي ذكره العلماء السابقون حيث جمعت في هذا التكييف بعضا من احكام البيع الصحيح وبعضا من احكام البيع الفاسد وبعضا من احكام الرهن على النحو الاتي:

---

(1) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص58.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص292.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص8.

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص184.

(5) روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"، وإن كان مائة شرط، رواه البزاز باسانيد ورجال احدها رجال الصحيح. الهيثمي، مجمع الزوائد، ج4، ص86-87.

4. 4. 4 اثار عقد بيع الوفاء بحسب التكييف الفقهي لمجله الاحكام العدليه:

بحسب مجلة الاحكام العدلية في المواد القانونية 750، 396، 1637، 118.

اثبتت لبيع الوفاء احكاما مستمدة من العقود الثلاثة:

اولا: البيع الصحيح والبيع الفاسد والرهن.

ا. فاثبتوا له من احكام البيع الصحيح امورا اهمها ما يأتي:

1. ملك المشتري لمنافع المبيع دون الحاجة إلى شرط.

2. يجوز للمشتري ان يؤجر المبيع من البائع نفسه ومن غيره ويستحق الاجرة.

3. إذا شرط في عقد بيع الوفاء ان يؤجره المشتري من البائع نفسه صح الشرط ويسمى هذا البيع بيع الاستغلال.

4. لو كان لإنسان على اخر دين موثق بكفالة فباع به المدين عقاره بالوفاء تبطل الكفالة، ثم لا تعود لو تفاسخا بيع الوفاء.

ثانيا: واثبتت له من احكام البيع الفاسد، حق الفسخ والتراد لكل من الطرفين.

ثالثا: واثبتت له من احكام الرهن الامور الاتية:

1. عدم ملكية المشتري لعين المبيع وعليه فلا يحق لهما التصرف في عين المبيع.

2. إن ضمان المبيع على المشتري.

3. إن للمشتري الحق في احتباس المبيع.

4. إن العقار المبيع لا يؤخذ من مشتريه بالشفعة.

5. إذا احتاج إلى تعميره وترميمه لاجل صيانته فذلك على البائع؛ لانه المالك.

4. 4. 5 تبعيض الاحكام الشرعيه في عقد بيع الوفاء:

وهذا المطلب هو لبّ هذا المبحث والحديث فيه يشتمل على المسائل الاتية:

المسالة الاولى: الاحكام المترتبة على البيع الصحيح واجملها على النحو الاتي:

1. ثبوت ملك الثمن للبائع وثبوت ملك السلعة للمشتري[1].

---

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص3.

2. التزام كل من المتعاقدين (البائع والمشتري) بما وجب له على الاخـــر، فيجـــب على المشتري دفع التمن واستلام المبيع واجرة نقد التمن ووزنه، ويجب علـــى البائع تسليم المبيع واستلام التمن واجرة الكيل والوزن[1].

ومن خلال المطلب السابق نجد ان مجلة الاحكام العدلية اتبتت بعض الاحكام السابقة لبيع الوفاء وهي[2]:

1. مِلك المشتري لمنافع المبيع دون الحاجة إلى شرط.
2. يجوز للمشتري ان يستعمل المبيع او يؤاجره.

المسالة التانية: الاتار المترتبة على البيع الفاسد واجملها على النحو الاتي[3]:

1. تبوت مِلك المشتري للمبيع بالقبض.
2. يحق للمشتري التصرف في المبيع بعد القبض؛ لانه يملكه، فإذا تـــصرف فيـــه تصرفا لازما فعليه قيمته يوم قبضه إن كان من ذوات القيم، ومتله إن كان مـــن ذوات الامتال.
3. حق الفسخ والتراد لكل من الطرفين.

ونجد ايضا ان المجلة اتبتت لبيع الوفاء حكما واحدا من احكام البيع الفاســـد وهو حق الفسخ والتراد لكل من الطرفين.

المسالة التالتة: الاتار المترتبة على عقد الرهن الصحيح، وهي على النحو الاتي:

1. حق المرتهن في حبس الرهن إلى وقت الفكاك[4].
2. يجب على الراهن تسليم الرهن للمرتهن[5].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4، ص299-300.

(2) انظر: ص90 من الرسالة نفسها.

(3) انظر: ص68-69 من الرسالة نفسها.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص146. ابن قدامة، عبد الله، الكافي في فقـــه الإمـــام احمد، حققه محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـــــ، ج2، ص99.

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج7، ص139. ابن قدامة، المغني، ج4، ص236.

3. يجب على المرتهن تسليم العين المرهونة عند الإفتكاك[1].

4. يحق للمرتهن بيع العين المرهونة عند عدم افتكاك الرهن[2].

5. لا يحق للراهن الانتفاع بالعين المرهونة؛ لان حق المرتهن ثابت في حبس العين المرهونة، وكذا لا يحق له بيعه او التصرف فيه بغير إذن المرتهن لما فيه من إبطال لحقه بغير رضاه[3].

6. لا يحق للمرتهن الانتفاع بالعين المرهونة؛ لان عقد الرهن يعطي المرتهن حق الاحتباس فقط دون مِلك الانتفاع[4].

7. عقد الرهن لازم من جهة الراهن وغير لازم من جهة المرتهن[5].

8. إن يد المرتهن على الرهن يد ضمان وهو قول الحنفية[6].

ويلاحظ ايضا ان المجلة اثبتت لبيع الوفاء بعض احكام الرهن وهي:

1. عدم ملكية المشتري لعين المبيع.

2. ضمان المبيع على المشتري (المرتهن).

3. إن للمشتري الحق في احتباس المبيع.

4. إن العقار المبيع لا يؤخذ من المشتري بالشفعة.

5. إذا احتاج العقار المبيع إلى تعميرٍ او ترميمٍ لاجل صيانته فذلك على البائع؛ لانه ملكه.

ويلاحظ مما سبق ان بيع الوفاء استمد احكامه من العقود الثلاثة السابقة (البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن).

---

(1) ابن قدامة، الكافي، ج2، ص101. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج7، ص147.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج7، ص176. الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص125.

(3) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص72، 74.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص146.

(5) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، ص66، 67.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج7، ص172.



فاخذ بعض احكام البيع الصحيح كثبوت الملك، واخذ بعض احكام البيع الفاسد كحق العاقدين في فسخ العقد، واخذ بعض احكام الرهن كحق الاحتباس، وعدم ثبوت الشفعة فيه وهذا هو تبعيض الاحكام في عقد بيع الوفاء.

الخـاتمـة:

بعد البحث في موضوع "تبعيض الاحكام الشرعية في الفقه الإسلامي" ساعرض اهم النتائج التي توصلت إليها في الدراسة واجملها على النحو الاتي:

1. شروط التبعيض هي:

ا. قابلية المحل او الحكم للتبعيض.

ب. عدم قابلية اجتماع الاحكام في التبعيض مع احكام الاصل.

2. يختلف تبعيض الاحكام عن التحول في العقد؛ إنّ التحول قد يكون في ذات العقد او في صفته، بينما التبعيض يكون في تجزئة محل العقد او احكامه، كما ان التحول لا يدخل في النكاح، بينما التبعيض يدخل باب النكاح، فالنكاح الفاسد يأخذ بعض احكام النكاح الصحيح.

3. تفريق الصفقة يندرج تحت تبعيض الاحكام من حيث المحل، فيتجزا المحل، بحيث يقع العقد على جزءٍ من محله دون الجزء الاخر.

4. المهاياة الزمانية هي نوع من انواع تبعيض الاحكام في المحل، بحيث يكون الانتفاع بالعين في بعض الزمن بحسب ما يتفق عليه الطرفان.

5. البيع الفاسد هو احد الاحكام التي يتجلى فيها مفهوم التبعيض، بحيث ياخذ البيع الفاسد بعض احكام البيع الصحيح عند الحنفية، كملكية المبيع بالقبض، وحق المشتري في التصرف بالمبيع.

6. الإجارة الفاسدة هي إحدى صور تبعيض الاحكام من حيث الاثر؛ وذلك لان الاحكام المترتبة على الإجارة الفاسدة هي بعض احكام الإجارة الصحيحة كاستحقاق الاجير في الإجارة الفاسدة للاجر.

7. يَعد النكاح الفاسد احد صور تبعيض الاحكام الشرعية من حيث الاثر؛ وذلك لانّ الاحكام التي تترتب عليه هي بعض احكام النكاح الصحيح كثبوت النسب وثبوت العدة والمهر للزوجة.

8. بيع الوفاء ياخذ بعض احكام البيع الصحيح، فيملك المشتري المبيع ويحق له استعماله واستغلاله، كما يثبت في بيع الوفاء بعض احكام البيع الفاسد كحق فسخ العقد والتراد لكل من الطرفين، كما يثبت في بيع الوفاء بعض احكام الرهن

كضمان محل العقد وحق المشتري في حبس المبيع وعدم قدرة المشتري علـــى بيعه.

التـوصيـات:

1. عمل مزيد من الدراسات حول هذا الموضوع لإجراء مقارنة بين مفهوم واحكام التبعيض في الفقه الإسلامي ومفهوم واحكام التبعيض في القوانين الوضعية.

المراجع

القران الكريم.

ابادي، ابو عبد الرحمن شرف الحق الشهير بمحمد اشرف بن امير العظيم، (د.ت) **عون المعبود على سنن ابي داود**، تحقيق: رائد بن صبري بن ابي علفه، بيت الافكار الدّولية.

ابن البزاز (الكردري)، محمد بن محمد بن شهاب،1406هـ **ـ الفتاوى البزازيه**، وهي المسماة بالجامع الوجيز، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية.

ابن القيم، محمد بن ابي بكر، 1972م، **إعلام الموقعين**، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي.

ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، 1986م، **الإجماع**، تحقيق عبدالله عمر البارودي، دار الجنان، بيروت، ط1.

ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، **شرح فتح القدير على الهدايه**، (د.ت)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط).

ابن انس، مالك ابو عبد الله مالك بن انس بن مالك، (د.ت)، **المدونه الكبرى**، دار صادر، بيروت.

ابن بدران، عبد القادر بن احمد بن مصطفى الدمشقي، (د.ت)، **نزهه الخاطر شرح كتاب روضه الناظر وجنه المناظر** في اصول الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن تيمية، تقي الدين ابي العباس احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحرّاني، 2000م، **مجموع الفتاوى**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

ابن تيميه، احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني، 1982م، **القواعد النورانيه الفقهيه**، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض، ط1.

ابن جزي، ابو القاسم محمد بن احمد بن جزيء الكلبي الغرناطي، 2000م، **القوانين الفقهيه**، تحقيق عبدالكريم الفضيلي ، المكتبة العصرية ، بيروت ط1.

ابن حبان، ابو حاتم محمد بن حبان البوستي، 1993م، **صحيح ابن حبان**، بترتيب ابن بلبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2.

ابن حزم، علي بن احمد،1408هـ، **المحلى بالاثار**، تحقيق: عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1.

ابن حنبل، ابو عبد الله احمد بن محمد بن هلال، 1993م، **مسند الإمام احمد بن عبد الله الشيباني**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2.

ابن رجب، عبد الرحمن، 1413هـ، **القواعد في الفقه الإسلامي**، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1.

ابن رشد، محمد بن احمد بن محمد بن احمد القرطبي الاندلسي، 1992م، **بدايه المجتهد ونهايه المقتصد**، راجعه وصححه عبد الحليم محمد عبد الحليم وعبد الرحمن حسن محمود، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط1.

ابن عابدين، محمد امين، 2003م، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار**، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة.

ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري الاندلسي، 2003م، **الاستدكار الجامع لمداهب فقهاء الامصار وعلماء الاقطار فيما تضمنه الموطا من معاني الراي والاثار وشرح دلك كله بالإيجاز والاختصار**، تحقيق حسان عبدالمنان ، محمود احمد القيسية ، مؤسسة النداء، ابو ظبي ، ط4.

ابن فارس، ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا،1990م، **معجم مقاييس اللغه**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الدار الإسلاميه، بيروت.

ابن قدامه، ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد المقدسي،1994م، **المغني على مختصر الخرقي**، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1.

ابن قدامه، عبد الله بن احمد بن محمد المقدسي، **روضه الناظر وجنه المناظر في اصول الفقه على مدهب الإمام احمد بن حنبل**، 1994م، تحقيق: عبد الكريم ابن علي بن محمد النمله، مكتبة الرشد، الرياض، ط3.

ابن قدامة، عبدالله بن احمد بن محمد المقدسي،1421هـ، **الكافي في فقهه الامام احمد** ، تحقيق محمد بن حسن الشافعي ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

ابن كثير، اسماعيل القرشي،1426هـ، **تفسير القران العظيم**، دار المعرفة، بيروت، ط1.

ابن ماجه، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني محمد برير،2006م، **سنن ابن ماجه**، المكتبة العصرية، بيروت.

ابن مفلح، شمس الدين إبراهيم بن محمد، **المبدع في شرح المقنع**، المكتب الإسلامي، دمشق، ط2.

ابن منظور، جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم ،2003م، تحقيق: عامر احمد حيدر، **لسان العرب**، دار الكتب العلمية، بيروت.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد،1419هـ، **الاشباه والنظائر على مدهب ابي حنيفه النعمان**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد،2002م، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، تحقيق: احمد عِزّو عناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1.

ابو داود، سليمان بن الاشعث السجستاني الازدي، 2007م، **سنن ابي داود**، تحقيق: جمال احمد حسن ومحمد بربر، المكتبة العصرية، بيروت.

ابو هربيد، عاطف محمد حسين، 2006م، **عقود المناقصات في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، ط1.

الارموي، سراج الدين محمود بن ابي بكر،1988م، **التحصيل من المحصول**، تحقيق: عبد الحميد علي ابو زنيد، مؤسسة الرسالة، ط1.

الاسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، 1999م، **نهايه السول في شرح منهاج الاصول** ، تحقيق شعبان محمد إسماعيل ، دار ابن حزم ، بيروت ، ط1.

الالباني، محمد ناصر الدين، 1985، **إرواء الغليل في تحري احاديث منار السبيل**، المكتب الإسلامي، ط2.

الامدي، سيف الدين ابو الحسن علي بن محمد بن سالم التغلبي، 1968م، **الإحكام في اصول الاحكام**، دار الفكر العربي، القاهرة.

امير باد شاه، محمد امين، (د.ت)، **تيسير التحرير شرح كتاب التحرير**، دار الكتب العلميه، بيروت.

انيس، إبراهيم ورفاقه،1973م، **المعجم الوسيط**، دار المعارف، القاهرة، ط2.

البابرتي، محمد بن محمود، (د.ت)، **شرح العنايه على الهدايه**، دار الفكر، بيروت، ط2. مطبوع مع شرح فتح القدير.

البخاري، محمد بن ابي الحسن اسماعيل، 2001م، **صحيح البخاري**، دار الكتب العلميه، بيروت.

بني طه، محمد علي محمد،2005م، **قواعد التبعيض واثرها في فقه المعاملات الماليه**، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الاردنيه، شباط.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، 2003م، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة.

بيرم، شيخ الإسلام ابو عبد الله محمد التاني،1992م، بحث بعنوان الوفاء فيما يتعلق ببيع الوفاء، منشور في **مجله مجمع الفقه الإسلامي**، عدد 7، ص ص107 -325.

البيهقي، ابي بكر احمد بن الحسين بن علي، (د.ت)، **السنن الكبرى**، دار المعرفة، بيروت.

الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة،1995م، **سنن الترمدي**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

التسولي، ابي الحسن علي بن عبد السلام،1998م، **البهجه في شرح التحفه على الارجوزة المسماة بتحفه الحكام** للقاضي ابي بكر محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

الجرجاني، علي بن محمد بن علي،2007م، **التعريفات**، دار المعرفه، بيروت، ط1.

الحطاب، ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الرعينـــي،1995م، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت، ك1.

حيدر، علي، 1991م، **درر الحكام شرح مجله الاحكام**،دار الجيل،بيروت.

الخرشي، محمد، (د.ت)، **شرح الخرشي على مختصر سيدي خليـــل**، دار الفكـــر، بيروت.

الدار قطني، علي بن عمر، 1986م، **سنن الدار قطني**، عالم الكتب، بيروت، ط4.

الدريني، فتحي، 1414هـ ـ، **بحوث مقارنه في الفقه الإسلامي واصـــوله**، مؤســـسة الرسالة، بيروت، ط1.

الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد عرفه، **حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير لأبي** البركات سيدي احمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مـــع تقريـــرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش شيخ السادة المالكية رحمـــه الله، دار إحياء الكتب العربية.

الذهبي، محمد بن احمد بن عثمان، 1997م، **سير اعلام النبلاء**، تحقيق: محب الدين ابي سعيد عمر ابن غرامة العمروي، دار الفكر،بيروت، ط1.

الرازي، محمد بن ابي بكر بن عبد القـــادر،1999م، **مختـــار الـــصحاح**، المكتبـــة العصرية، بيروت.

الزبيدي، مرتضى، (د.ت)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دار الفكر، بيروت.

الزرقا، احمد بن محمد،1409هـ ـ، **شرح القواعد الفقهيه**، دار القلم، دمشق، ط2.

الزرقاء، مصطفى احمد، 1999م، **العقود المسماة في الفقه الإسلامي "عقد البيع"**، دار القلم، دمشق، ط1.

الزركشي ، ابى عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبـــدالله الـــشافعي ،2000م، **المنثور في القواعد**، تحقيق محمد حسن محمد حسن اســـماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط1.

الزركلي، خير الدين،1992م، **الاعلام قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء مـــن العرب والمستعربين والمستشرفين**،دار العلم للملايين،بيروت،ط10.

الزعارير، احمد مصطفى،2003م، **اثر التبعيض في تصرفات المكلفين**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اليرموك.

الزيلعي، عثمان بن علي،1420هـ، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، تحقيق: احمد عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، 1991م، **الاشباه والنظائر**، تحقيق: الشيخان عادل احمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

السرخسي، شمس الدين،1989م، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، ط1.

السرخسي، محمد بن احمد بن ابي سهل،1973م، **اصول السرخسي**، دار المعرفة، بيروت، ط1.

السيوطي، جلال الدين ابو الفضل عبد الرحمن بن ابي بكر،1422هـ، **الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعيه**، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1.

الشاطبي، إبراهيم اللخمي، (د.ت)، **الموافقات في اصول الاحكام**، دار الفكر، بيروت.

شبير، محمد عثمان،1426هـ، **القواعد الكليه والضوابط الفقهيه في الشريعه الإسلاميه**، دار النفائس، عمان، ط1.

شبير، محمد عثمان،1998م، مجلة الدراسات، **مبدا تفريق الصفقه**، الجامعة الاردنية، عدد2، ط1.

الشربيني ، محمد الخطيب، (د.ت)، **مغني المحتاج الى معرفه الفاظ المنهاج** ، دار احياء التراث ، بيروت.

الشرواني، عبد الحميد، (د.ت)، **حاشيه الشرواني على تحفه المحتاج**، د.ط.

الشلبي، سعدي،1420هـ، **حاشيه الشلبي على تبيين الحقائق**، تحقيق: احمد عنايه، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1، مطبوع مع تبيين الحقائق.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد،1995م، **إرشاد الفحـول إلـى تحقيـق عِلـم الاصول**، تحقيق: ابي مصعب محمد سـعيد البـدّري، طبعـة جديـدة مصححة، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط6.

الشوكاني، محمد بن علي، 0د.ت)، **نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيـار شـرح منتقى الاخبار**، دار الكتب العلمية، بيروت.

الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام،1406هـ ـ، **الفتاوى الهنديه في مدهب الإمام ابي حنيفه النعمان**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4.

الشيرازي، ابي إسحاق الشافعي، **طبقات الفقهاء**، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، 1970م.

الشيرازي، ابي إسحاق الشافعي،1996م، **المهدب في فقه الإمام الشافعي**، تحقيـق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط1.

الصاحب ، اسماعيل بن عباد،1994م، **المحيط في اللغه**، تحقيق الشيخ محمد حسن ال ياسين ، عالم الكتب ، بيروت ، ط1.

الصاحب، غسماعيل بن عباد، 1994م، **المحيط في اللغه**، تحقيق الشيخ محمـد ال ياسين، عالم الكتب، بيروت، ط1.

الطوسي، محمد بن علي بن حمزة،1979م، **الوسيله إلى نيل الفضيله**، تحقيق: عبد العظيم البكاء، مطبعة الاداب، النجف الاشرف.

العبري، سعيد بن عبد الله بن محمد،1997م، **بيع الوفـاء واحكامـه فـي الفقـه الإسلامي**، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الاردنية.

العدوي، علي، **حاشيه العدوي على شرح الخرشي**، دار الفكر، بيروت، مطبوع مع شرح الخرشي.

عزام، حمد فخري، **التحول في العقد دراسه مقارنه في الفقه الإسلامي والقـانون المدني الاردني**، رسالة دكتوراه غير منـشورة فـي الفقـه، الجامعـة الاردنية، ايار، 2000م.

عزام، حمد فخري،2007م، حكم اجتماع العقود في صفقة واحدة، **المجله الاردنيـه في الدراسات الإسلاميه**، مجلد 3، عدد 1، اذار ص ص 67-84.

العسقلاني، شهاب الدين ابي الفضل احمد بن علي بن محمد بن حجر الكناني العسقلاني الشافعي،1998م، **تلخيص الحبير في تخريج احاديث الرافعي الكبير**، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1.

العنسي ، احمد قاسم،1961م، **التاج المذهب لاحكام المذهب شرح متن الازهار في فقه الائمه الاطهار** ، مكتبة اليمن الكبرى ، ط2.

العيني، محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين،2000م، **البنايه في شرح الهدايه** ، تحقيق: ايمن صالح شعبان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1.

الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي،1993م، **المستصفى في علم الاصول**، طبعه وصحّحه محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1.

الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد، 2004م، **الوجيز في فقه الإمام الشافعي**، تحقيق طارق فتحي والسيد، دار الكتب العلميه، بيروت، ط1.

الغماري، احمد بن محمد بن الصديق الحسني،1407 هـ، **الهدايه في تخريج احاديث بدايه المجتهد لابن رشد**، تحقيق علي الطويل ،عالم الكتب، بيروت ط1.

الفزاري، تاج الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المعروف بابن الفِرْكاح الشافعي،2001م، **شرح الورقات لإمام الحرمين الجويني**، دراسة وتحقيق ساره شافي الهاجري، دار البشائر الإسلاميه، بيروت، ط1.

الفيروز ابادي ، ابو الطاهر محمد بن يعقوب ،1952م، **القاموس المحيط** ، دار الجيل ، بيروت.

الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقرى، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، المكتبة العلميه، بيروت.

قاضي زاده، احمد بن قودر، **نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار**، دار الفكر، بيروت، ط2، مطبوع بعد شرح فتح القدير.

القرافي، شهاب الدين احمد بن إدريس،2001م، **الـــدخيرة**، تحقيق: ابي إسحاق احمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، ط1.

القرطبي، محمد بن احمد الانصاري،1420هـ ـ، **الجامع لاحكـــام القـــران الكـــريم**، تحقيق: سالم البدري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

قلعة جي، محمد رواسي،1985م، **معجم لغه الفقهاء**، دار النفائس، ط1.

الكاساني، علاء الدين ابي بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الـــشرائع**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1406هـ ـ-1986م.

كريمه، احمد محمود عبد الله،1994م، **التبعيض واثره في الفقه الإسلامي**، دراســـة فقهية مقارنه، رسالة دكتوراه غير منشورة، القاهرة.

الماوردي، ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري،1994م، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، وهو شرح مختصر المزني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

المرغيناني، علي بن ابي بكر، (د.ت)، **الهدايه شرح بدايه المبتـــدي**، دار الفكـــر، بيروت، ط2، مطبوع مع شرح فتح القدير.

مسلم، ابو الحسين مسلم بن الحجاج،2001م، **صحيح مسلم**، دار الكتـــب العلميـــة، بيروت.

الموصلي، عبد الله بن محمود،1419هـ ـ، **الاختيار لتعليـــل المختـــار**، دار الكتـــب العلمية، بيروت، ط1.

الندوي، علي احمد،1986م، **القواعد الفقهيه**، قدم لها الزرقا، دار القلـــم، دمـــشق، ط1.

نزيه، حماد،1429هـ ـ، **معجم المصطلحات الماليه والاقتصاديه في لغه الفقهاء**، دار القلم، دمشق، ط1.

النووي ، ابو زكريا يحيى بن شرف، (د.ت)، **روضه الطالبين**، تحقيق الشيخ عادل احمد عبدالموجود والشيخ علي محمد معـــوض، دار الكتـــب العلميـــة، بيروت.

النووي، ابو زكريا محيي الدين بن شـــرف،2003م، **المجمـــوع شـــرح المهـــذب للشيرازي**، دار عالم الكتب، الرياض، ط1.

الهيتمي، ابن حجر، (د.ت)، **الفتاوى الكبرى الفقهيه**، دار الكتب العلميه، بيروت.

الهيتمي، علي بن ابي بكر،1982م، **مجمع الزوائد ومنبـــع الفوائـــد**، دار الكتـــاب العربي، بيروت، ط3.

ملحق (1)

ايات القران الكريم

ايات القران الكريم

الرقم	الايه	السورة والايه	الصفحه
1 -	﴿يُرِيدُ الله بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	سورة البقرة اية 185	9
2 -	﴿لاَ يُكَلِّفُ الله نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾	سورة البقرة اية 286	9
3 -	﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ الله فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾	سورة البقرة اية 229	30
4 -	﴿ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ﴾	سورة النساء اية 3	78
5 -	﴿ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾	سورة النساء اية 24	70
6 -	﴿يُرِيدُ الله أَن يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفاً﴾	سورة النساء اية28	9، 13
7 -	﴿ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾	سورة النساء اية29	29
8 -	﴿ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾	سورة النساء اية 29	61
9 -	﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾	سورة البقرة اية 29	46
10 -	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ الله يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾	سورة المائدة اية1	87
11 -	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾	سورة المائدة اية1	19
12 -	﴿ مَا يريد الله ليجعل عَلَيْكُم مِنْ حَرَجٍ﴾	سورة المائدة اية6	9
13 -	﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾	سورة الإسراء اية 23	ا
14 -	﴿ لَوْ شِئْتَ لاَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً ﴾	سورة الكهف اية 77	71
15 -	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	سورة الحج اية 78	13
16 -	﴿ وَأَنْكِحُواْ الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإمائِكُمْ﴾	سورة النور اية 32	78
17 -	﴿ وَوَجَدَ الله عِندَهُ فَوَفَّاهُ حِسَابَهُ﴾	سورة النور اية 39	83
18 -	﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾	سورة القصص اية 27	71

الرقم	الايه	السورة والايه	الصفحه
19 -	﴿ يأَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللاَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾	سورة الاحزاب اية 50	70
20 -	﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾	سورة القمر اية 28	45
21 -	﴿ يأَيُّهَا الَّذِينَ امَنُواْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلاَةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْاْ إِلَى ذِكْرِ الله وَذَرُواْ الْبَيْعَ...﴾	سورة الجمعة اية 9	65
22 -	﴿ فَاتَّقُواْ الله مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾	سورة التغابن اية16	9
23 -	﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	سورة الطلاق اية 6	71
24 -	﴿ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾	سورة الشعراء اية155	45
25 -	﴿ فَالْفَارِقَاتِ فَرْقاً﴾	سورة المرسلات اية 4	23
26 -	﴿ وَقُرْآناً فَرَقْنَاهُ﴾	سورة الإسراء اية 106	23
27 -	﴿ فَافْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ﴾	سورة المائدة اية 25	23
28 -	﴿ وَمِنْ ايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً﴾	سورة الروم اية 21	79

ملحق (ب)

الاحاديث النبويه الشريفه

الاحاديث النبويه الشريفه

الرقم	الحديث	الصفحه
1 -	"ما نهيتكم عنه فاجتنبوه...."	10
2 -	"صل قائما فإن لم تستطع فقاعدا.."	10
3 -	"إن الدين يسر، ولن يشاد الدين..."	10
4 -	"إذا امرتكم بامر فاتوا منه ما استطعتم"	12
5 -	"من يشتري هذا الحلس والقدح..."	26
6 -	"لا يحل سلف وبيع ولا شرطان..."	28
7 -	"من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد"	30، 59
8 -	"خذيها واشترطي لهم الولاء وإنما الولاء لمن اعتق"	35
9 -	"الولاء لمن اعتق وان اشترطوا مائة شرط"	35
10 -	"من احدث في امرنا هذا ما ليس منه فهو رد"	59
11 -	"لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"	61
12 -	"اشتريها فاعتقيها، فإنما الولاء لمن اعتق"	35
13 -	"قال الله تعالى: ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة..."	71، 72
14 -	"نهى عن المزارعة وامر بالمؤاجرة"	72
15 -	"يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج..."	78
16 -	"لا نكاح إلا بولي وشاهدين"	80
17 -	"لا تصرّوا الإبل والغنم فمن ابتاعها..."	87
18 -	"نهى عن بيعتين في بيعة"	28
19 -	"نهى عن صفقتين في صفقة"	28
20 -	"الصلح جائز"	29
21 -	"ما اجتمع الحلال والحرام"	35
22 -	"حديث حكيم بن حزام" "فاشترى شاة"	38، 39
23 -	"انهم كانوا يوم بدرٍ بين كل ثلاثة بعير"	46